

毒品洗钱犯罪的立法竞合及其完善

袁彬

(北京师范大学,北京 100875)

〔摘要〕由于行为类型的立法设定原因,我国毒品洗钱犯罪与相关犯罪会产生多重法律竞合关系,包括与运输毒品罪等上游犯罪的法律竞合,与非法持有毒品罪等毒品犯罪的平行竞合,与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪,洗钱罪的下位竞合。这种法律竞合关系,多数属于交叉式竞合关系,个别属于包容式竞合关系。对毒品洗钱犯罪与相关犯罪的法律竞合采取绝对的重法优于轻法原则,极大地压缩了毒品洗钱犯罪的存在空间。未来,我国应当从立法上取消《中华人民共和国刑法》第349条的毒品洗钱犯罪。

〔关键词〕毒品犯罪;窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪;法条竞合;合理类型化

〔作者简介〕袁斌(1976—),男,江西临川人,北京师范大学刑事法律科学研究院中国刑法研究所副所长,教授、法学博士、博士生导师,中国刑法学研究会常务理事暨副秘书长,主要从事刑法学研究。

〔收稿日期〕2024-05-08

〔中图分类号〕D924;D917〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)03-002-09

前言

在刑法上,毒品洗钱犯罪是指《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第349条规定的窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪。该罪被认为是我国三个广义洗钱犯罪之一^①,其规范的内涵是“为走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子窝藏、转移、隐瞒毒品或者犯罪所得的财物”^②。该罪在行为类型上与《刑法》第312条规定的掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪和《刑法》第191条规定的洗钱罪最相接近。我国刑法理论上对于这三个犯罪之间的法律关系特别是《刑法》第191条与第349条之间的关系存在不同的认识,与此同时,司法实践中对窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪与运输毒品罪、非法持有毒品罪等毒品犯罪之间的界限也存在不同的认识和处理方法。这给窝藏、转

移、隐瞒毒品、毒赃罪及相关犯罪的认定带来了极大困扰。其中问题的核心是如何处理窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪涉及的两方面法律竞合关系,即《刑法》第349条毒品洗钱犯罪与第312条、第191条洗钱犯罪之间的法律竞合关系和《刑法》第349条毒品洗钱犯罪与其他毒品犯罪之间的法律竞合关系。客观地看,毒品洗钱犯罪涉及的两类法律竞合关系纷繁复杂,已经严重影响到《刑法》第349条窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的司法适用,有必要予以全面厘清。

一、基本形态:毒品洗钱犯罪的多重法律竞合及其性质

(一)竞合的类型:上下游犯罪的多重竞合
窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的行为在客观

①广义上的洗钱犯罪除了刑法上专门以洗钱罪命名的犯罪,还包括传统意义上带有洗钱性质的赃物犯罪,如中国《刑法》第312条的掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪和第349条的窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪,德国《刑法典》第259条的窝赃罪。参见赵秉志,袁彬:《中国洗钱犯罪的基本逻辑及其立法调整》,载《江海学刊》2018年第1期,第138页。

②参见2012年5月28日最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(三)》第4条。

上包括两种类型:一是为走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子窝藏、转移、隐瞒毒品的行为;二是为走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子窝藏、转移、隐瞒犯罪所得财物的行为。窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的这两种行为类型较为广泛,其可能与相关犯罪规定发生三个方面的法律竞合。具体体现在:

第一,毒品洗钱犯罪与上游犯罪的法律竞合。从行为类型上看,毒品洗钱犯罪包括了转移毒品的行为,即为走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子转移毒品的行为。转移毒品与运输毒品在行为上存在高度的相似性甚至重合,两者都表现为毒品在空间上发生了位移,而“运输”可以理解为“转移”的一种方式。这很容易导致实践中对两者区分的困难。我国司法实践中出现了不少这方面的案例。例如,2016年2月,被告人岩某扁答应为他人保管毒品并在云南省M县M镇G村拿到毒品,将毒品运输至M县M镇M村委会M村3号被告人玉某打家中交给玉某打保管。同月26日6时35分,边防警察在玉某打家楼梯杂物储藏室内查获毒品甲基苯丙胺片剂19块,净重10561克,遂将玉某打抓获。对于该案,一审判决认定被告人岩某扁犯运输毒品罪,玉某打犯窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪;二审判决则认为,被告人岩某扁为他人保管毒品,后又将毒品送到被告人玉某打家让玉某打帮助保管,二人的行为均构成窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪^①。该案中,被告人岩某扁客观上实施了“运输”毒品的行为,即通过运输的方式转移了毒品,而该“运输”行为究竟应当认定为运输毒品罪的运输行为^②,还是应当认定为转移毒品罪的转移行为,两

者并没有一个明确的界限^③,导致了毒品洗钱犯罪上下游犯罪之间关系的混乱。

第二,毒品洗钱犯罪与其他毒品犯罪的平行竞合。在我国刑法上,与毒品洗钱犯罪相类似的毒品犯罪还有两个:一个是《刑法》第348条规定的非法持有毒品罪,另一个是《刑法》第349条规定的包庇毒品犯罪分子罪。这两个犯罪都会与毒品洗钱犯罪发生竞合。

一方面,毒品洗钱犯罪中的“窝藏毒品”与“非法持有毒品”在行为上明显存在重合。从含义上看,“窝藏”毒品是将犯罪分子的毒品窝藏在自己的住所或者隐蔽的场所,以逃避司法机关的追查^④。可见,“窝藏”与“持有”的含义基本相同,或者可以认为“窝藏”是“持有”的方式之一。正因为如此,我国司法实践中对窝藏毒品罪与非法持有毒品罪存在明显的区分困难。例如,2013年7月4日22时许,被告人孙某因怀疑有公安人员在其租住的W市自建房地下室周围,害怕藏匿在家里的毒品冰毒被公安人员查获,便电话告知被告人田某庆,让田某庆到其家中取走毒品。田某庆到孙某家门口后,孙某将装有毒品的灰色塑料袋交给田某庆,田某庆将袋子放在自己汽车后备厢。次日凌晨,公安人员在W市某小区抓获田某庆,在汽车后备厢里查获用灰色塑料袋包装的白色可疑晶体一包,净重312克。随后,公安人员在该小区内抓获孙某,在孙某租住的自建房地室内查获褐色粉末一包,净重4克;白色可疑晶体一包,净重0.2克。经鉴定,从312克白色晶体内检出毒品甲基苯丙胺成分,含量为76.36%;从0.2克白色晶体内检出毒品甲基苯丙胺成分;在

①参见云南省高级人民法院(2017)云刑终321号“岩应扁、玉儿打走私、贩卖、运输、制造毒品、窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃二审刑事判决书”,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=34599f3e27a29f60ba4ac6f5b2c1ca16&s7=%EF%BC%882017%EF%BC%89%E4%BA%91%E5%88%91%E7%BB%88321%E5%8F%B7>,最后访问时间:2024年5月5日。

②这产生了另外一个问题,即《刑法》第347条规定的运输毒品罪是否存在目的的限制?是否要求其应他人要求帮助其运输?如果行为人明知他人是为了转移毒品而帮助其运输,是构成运输毒品罪还是转移毒品罪的共犯?

③有观点主张以行为人的目的为标准区分转移毒品罪和运输毒品罪,认为行为人以帮助走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子逃避法律制裁为目的,转换毒品隐藏场所的行为,无论其所转移的两个地点之间距离远近如何,均应当以转移论;如果行为人以走私、贩卖、运输、制造毒品为目的,或者说正在发生唯一的毒品下一步流向是用来走私、贩卖或者进一步加工制造等,显然属于运输毒品。参见赵秉志,于志刚:《毒品犯罪》,北京:中国人民公安大学出版社2003年版,第87页。笔者认为,这种区分过于简单而绝对。一方面,《刑法》第347条并没有限定运输毒品罪的行为目的,从解释论角度看,任何运输毒品的行为均可构成运输毒品罪;另一方面,在行为方式、侵犯法益等客观方面均无区别的情况下,仅以《刑法》并未要求的目的区分这两个法定刑差异巨大的罪名,其根据难称充分。

④参见王作富主编:《刑法分则实务研究》,北京:中国方正出版社2013年版,第1461页。

褐色粉末中检出四氢大麻酚成分^①。对于该案,一、二审判决均认定被告人孙某、田某庆的行为均已构成非法持有毒品罪,并据此判处被告人孙某无期徒刑,判处被告人田某庆有期徒刑15年。该案的判决是否合理,显然值得研究。

另一方面,毒品洗钱犯罪中的转移、隐瞒毒品、毒赃行为可能与包庇毒品犯罪分子罪发生竞合。《刑法》第349条将包庇毒品犯罪分子罪和窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪并列,显然是认为两者在行为类型上不同。不过,从实践认定来看,两者也可能发生竞合。这是因为,2012年5月28日最高人民检察院、公安部联合发布的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(三)》(以下简称《立案追诉标准(三)》)第3条明确将“帮助隐瞒、转移或者毁灭证据”作为包庇毒品犯罪分子的行为方式。其第3条第1款规定:“包庇走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子,涉嫌下列情形之一的,应予立案追诉:(一)作虚假证明,帮助掩盖罪行的;(二)帮助隐藏、转移或者毁灭证据的;(三)帮助取得虚假身份或者身份证件;(四)以其他方式包庇犯罪分子的”。从归属上看,毒品洗钱犯罪中的毒品、毒赃显然属于其上游犯罪的“证据”,窝藏、转移毒品、毒赃的行为与帮助隐瞒、转移毒品犯罪证据的行为因此可能产生重合,这必然会给包庇毒品犯罪分子罪和窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪带来认定上的困难。

第三,毒品洗钱犯罪与其他洗钱犯罪的法律竞合。这主要是指《刑法》第349条规定的毒品洗钱犯罪与第312条、第191条规定的洗钱犯罪之间的竞合。毒品洗钱犯罪存在的这一法律竞合在目前看来最为明显,也更受关注。总体而言,刑法理论上对于《刑法》第349条毒品洗钱犯罪与第312条掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪之间存在法律竞合关系争议不大,但对于其与《刑法》第191条洗钱罪之间是否存在法律竞合,

则存在不同看法。一种观点认为,《刑法》第349条与第191条之间不存在法律竞合关系,两者只是一种并列关系,二者的行为方式不存在包容或交叉关系^②。虽然两罪的行为方式都包括了“转移”和“隐瞒”,但洗钱罪中“转移”和“隐瞒”是为了达到“漂白”的效果,使之能在市场上流通和增值;窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪中的“转移”和“隐瞒”,并不具有使之表面合法化的属性^③。另一种观点则认为,《刑法》第349条与第191条之间存在法律竞合,掩饰、隐瞒毒品等犯罪的非法所得及其产生的收益的性质和来源,同样是为了对抗司法机关的追查。因此,针对毒品犯罪所得而实施的洗钱行为,往往同时也是一种窝藏、转移、隐瞒毒赃的特别行为^④。

笔者认为,《刑法》第349条与第191条之间存在竞合关系的事实不容否认。一方面,从法条表述上看,两者明显存在竞合。《刑法》第191条对洗钱罪的定性是“掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质”,而《刑法》第349条对窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪规定的窝藏、转移、隐瞒毒品犯罪所得行为,客观上无疑会具有掩饰、隐瞒毒品犯罪所得的来源和性质的属性。一旦这种转移、隐瞒毒赃的行为达到了掩饰、隐瞒毒品犯罪所得的来源和性质的效果,其就既符合我国《刑法》第349条窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的规定,也符合我国《刑法》第191条洗钱罪的规定,形成竞合关系。另一方面,从司法解释上看,2009年最高人民法院《关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条对《刑法》第191条“以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质”的行为本质解释为“协助转移、转换犯罪所得及其收益”。虽然《中华人民共和国刑法修正案(十一)》取消了洗钱罪的“协助”表述,将自洗钱行为入罪,但洗钱罪的本质仍可明确为“转移、转换犯罪所得及其收益”。从表述

①参见新疆维吾尔自治区高级人民法院(2014)新刑一终字第94号“孙雪、田国庆非法持有毒品案二审刑事裁定书”,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pagelId=34599f3e27a29f60ba4ac6f5b2c1ca16&s7=%EF%BC%882017%EF%BC%89%E4%BA%91%E5%88%91%E7%BB%88321%E5%8F%B7>,最后访问时间:2024年5月6日。

②参见胡江:《论窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的法条竞合关系——兼评最高人民法院[2009]15号司法解释第3条规定》,载《西部法学评论》2015年第6期,第5页。

③参见王新:《洗钱罪与窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的界限》,载《检察日报》2010年3月8日,第3版。

④参见王作富主编:《刑法分则实务研究》,北京:中国方正出版社2013年版,第587页。

上看,这里所称的“转移”与《刑法》第349条对毒品犯罪所得的“转移”含义完全相同。因此,《刑法》第349条与第191条之间存在法律竞合是客观事实。

(二) 竞合的性质:法律的交叉抑或包含

在刑法理论上,法律的竞合关系主要分为两种情形:一是交叉关系,即不同的法律条文之间存在着部分重合;二是包容关系,即一个法律条文的全部内容为另一个法律条文所包容,被包容的法律条文相比较于包容的法律条文属于特别规定,两者是特别法与一般法的关系^①。根据毒品洗钱犯罪立法与相关法律规定之间的重合程度不同,《刑法》第349条毒品洗钱犯罪立法与其他法律条文之间的竞合关系也主要包括以下两种:

第一,包容关系。这主要体现在《刑法》第349条规定的毒品洗钱犯罪与第312条规定的掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪之间。两者的包容关系得到了我国立法机关的认可。在《中华人民共和国刑法修正案(六)》(以下简称《刑法修正案(六)》)对《刑法》第312条修法过程中,“法律委员会经同有关部门研究,认为有必要对刑法第312条的规定做出必要的补充修改,以便于对涉及洗钱方面的罪名都可以追究刑事责任,只是根据上游犯罪的差异而适用不同的条文、罪名”^②。我国关于两者关系的认识也得到了国际反洗钱机构FATF^③的认同,FATF经过评估后认为,《刑法》第312条是洗钱罪的普通规定,而《刑法》第191条和第349条属于特别性规定^④。从技术角度看,这里有一个对《刑法》第349条中“毒品”“毒赃”的理解问题,即“毒品”“毒赃”是否都属于犯罪所得?对此,《立案追诉标准(三)》第4条将“毒赃”解释为毒品“犯罪所得的财物”,并将其与“毒品”并列。笔者认为,这种并列并不

是“毒品”与毒品“犯罪所得”的并列,而是“毒品”与“财物”的并列。基于此,《刑法》第312条与第349条的包容与被包容关系客观上也完全成立。

第二,交叉关系。这主要体现在《刑法》第349条规定的窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪与第191条规定的洗钱罪、第347条规定的运输毒品罪、第348条规定的非法持有毒品罪、第349条规定的包庇毒品犯罪分子罪之间的关系。这些犯罪所规定的犯罪构成要件之间只存在部分重合,包括以下两点。一是行为的方式和对象存在重合,但法益不同一。例如,对于转移毒品罪与运输毒品罪、窝藏毒品罪与非法持有毒品罪这两组犯罪,其对象完全相同,都是毒品,同时转移与运输的方式存在重合,窝藏与非法持有的方式存在重合。但它们所侵害的法益不完全一样,运输毒品罪、非法持有毒品罪侵害的主要是国家对毒品的管制秩序^⑤,但窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪侵害的主要是国家对毒品的管制秩序和司法机关对毒品犯罪的正常惩治活动^⑥。同理,窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪与以毒品犯罪作为上游犯罪的洗钱罪之间也存在行为方式和对象的重合,但洗钱罪在法益上增加了“国家正常的金融管理秩序”。二是行为的方式、对象和法益均部分重合。例如,对于转移、隐瞒毒品、毒赃罪与包庇毒品犯罪分子罪,在毒品、毒赃作为包庇犯罪分子的证据时,行为人对毒品、毒赃的转移、隐瞒可能成立包庇毒品犯罪分子罪,形成了两罪在行为方式、行为对象和侵害法益上的部分重合。但这种重合的范围十分有限,一旦超出特定范围,两罪之间就不再具有重合关系。

因此,《刑法》第349条关于毒品洗钱犯罪的规定与相关犯罪之间存在三种不同形式的法律竞合,并具体表现为交叉式法律竞合和包容式法

①参见张明楷:《法条竞合与想象竞合的区分》,载《法学研究》2016年第1期,第129页。

②参见王新:《反洗钱:概念与规范诠释》,北京:中国法制出版社2012版,第176页。

③即国际反洗钱和恐怖融资的政府间国际组织——“金融行动工作组”(Financial Action Task Force,简称为FATF)。

④FATF, *First Mutual Evaluation Report on Anti - Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism on The People's Republic of China*, 29 June 2007. p. 22 - 24.

⑤参见王作富主编:《刑法分则实务研究》,北京:中国方正出版社2013年版,第1436、1454页。

⑥参见关纯兴,黄瑛琦:《窝藏转移隐瞒毒品毒赃罪研究》,载《云南警官学院学报》2009年第5期,第28页。

律竞合两种不同类型。

二、重法优先：毒品洗钱犯罪法律竞合的处断原则与质疑

（一）司法的立场：重法优先适用原则

关于法律竞合的处理原则，我国刑法理论上有所不同认识。但针对交叉式法条竞合和包容式法条竞合，主要存在两种具体的处理原则，即“重法优于轻法”原则和“特别法优于一般法”原则^①。一般认为，前者主要适用于交叉式法条竞合关系，后者主要适用于包容式法条竞合关系。事实上，包容式法条竞合的“特别法优于普通法”原则在德国、日本等崇尚法学理性主义的大陆法系国家（地区）的学说中早已形成共识^②。不过，我国刑法上也有对包容式法条竞合关系采取重法优于轻法进行处断的特例。我国《刑法》第149条第2款规定：“生产、销售本节第一百四十一条至第一百四十八条所列产品，构成各该条规定的犯罪，同时又构成本节第一百四十条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”。

对于《刑法》第349条毒品洗钱犯罪与相关犯罪规定之间的法律竞合问题，我国《刑法》没有专门的立法规定。司法实践中，对此主要采取重法优于轻法的处断原则，体现在以下两个方面：

第一，我国有关司法解释在《刑法》第349条与第312条、第191条之间明确规定了重法优于轻法的处断原则。2009年最高人民法院《关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条规定：“明知是犯罪所得及其产生的收益而予以掩饰、隐瞒，构成刑法第三百一十二条规定的犯罪，同时又构成刑法第一百九十一条或者第三百四十九条规定的犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”。最高人民法院有关负责人对此规定的依据解释为：“刑法第312条是洗钱罪的一般条款，三个法条的主要区分在于犯罪对象，以此淡化三者的行为方式和行为性质上的差

异。刑法第191条、第312条、第349条三个条文的规定均属洗钱犯罪，三个条文之间属于特别法与一般法的关系”^③。同时，2015年最高人民法院《关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》第7条也规定：“明知是犯罪所得及其产生的收益而予以掩饰、隐瞒，构成刑法第三百一十二条规定的犯罪，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”。而如前所述，《刑法》第349条与第312条、第191条之间既存在交叉式法律竞合的情形，也存在包容式法律竞合的情形。但上述司法解释没有对这两种情形进行区分，而是一概采取重法优于轻法的处断原则进行处理。

第二，我国司法实践中对《刑法》第349条与其他毒品犯罪之间采取的是重法优于轻法的处断原则。这集中体现在《刑法》第349条窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪与第348条非法持有毒品罪等犯罪之间的处理上。例如，2015年12月15日1时许，公安人员根据线索在乌鲁木齐市某小区租房内将被告人云某娇抓获，当场搜出黄某武放在其家中的白色晶体1包（净重87.3克）、红色药丸2包（净重36.8克）。经检验鉴定，从缴获的白色晶体及红色药丸中均检出毒品甲基苯丙胺成分，共计净重124.1克。对于该案，被告人云某娇及其辩护人认为云某娇的行为构成窝藏毒品罪，但一、二审判决均认定被告人云某娇的行为构成非法持有毒品罪。其理由是窝藏毒品罪要求行为人明知是用于走私、贩卖、运输、制造的毒品，而故意予以窝藏；在持有毒品的同时，还具有帮助犯罪分子隐匿罪证、妨碍司法机关调查取证，帮助犯罪分子逃避法律制裁的主观故意。而非法持有毒品的犯罪行为本身是走私、贩卖、运输、制造、窝藏毒品行为中的一个基础行为。因此，我国刑法规定构成非法持有毒品罪，仅要求行为人明知是毒品，且非法持有毒品达到或超过一定数量，并未要求持有的毒品是行为人自己所有。在能够证明行为人同时具有其他毒品犯罪

①参见李希慧主编：《刑法各论》，北京：中国人民大学出版社2012年版，第13-14页。

②参见王强：《法条竞合特别关系及其处理》，载《法学研究》2012年第1期，第144页。

③参见刘岚：《依法打击洗钱犯罪 切实履行国际公约》，载《人民法院报》2009年11月11日，第4版。

故意的时候,均择一重罪进行处罚^①。类似的判决在我国司法实践中还有很多。

(二)重法优先适用原则的合理性质疑

客观地说,无论对于交叉式法律竞合关系还是包容式法律竞合关系,采取重法优于轻法的原则进行处断,是一种现实的选择。但这种处理方式也存在两个方面的明显不足:

第一,这将极大地压缩《刑法》第 349 条窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的适用空间。我国比较犯罪轻重采取的是法定刑标准。按照这一标准,从总体上看,《刑法》第 349 条窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的法定刑(即“三年以下有期徒刑、拘役或者管制;情节严重的,处三年以上十年以下有期徒刑”)与第 349 条的包庇毒品犯罪分子罪相同,比第 312 条掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的法定刑(即“三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;情节严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金”)略高^②但明显低于第 191 条的洗钱罪(即“处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;情节严重的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金”)、第 347 条的运输毒品罪,也低于《刑法》第 348 条的非法持有毒品罪。按照重法优于轻法的处理原则,真正能够适用《刑法》第 349 条毒品洗钱犯罪的行为只有“窝藏毒赃”行为,因为窝藏毒品的行为可按照非法持有毒品罪处理,转移毒品的行为可按照运输毒品罪处理,转移毒赃的行为可按照洗钱罪处理,转移、隐瞒毒品、毒赃的行为可按照包庇毒品犯罪分子罪处理。窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的司法适用空间将因竞合时重法优于轻法的处理原则而被极大压缩^③。

第二,这将极大弱化《刑法》第 349 条窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的法益保护功能。窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的立法始于 1990 年全国人大常委会通过的《关于禁毒的决定》,其第 4 条第 1 款规定:“包庇走私、贩卖、运输、制造毒品的

犯罪分子的,为犯罪分子窝藏、转移、隐瞒毒品或者犯罪所得的财物的,掩饰、隐瞒出售毒品获得财物的非法性质和来源的,处七年以下有期徒刑、拘役或者管制,可以并处罚金”。之后,1997 年《刑法》对其进行了立法上的微调。其立法初衷显然是为了打击扰乱司法机关对毒品犯罪正常惩治活动的行为,强化对司法机关惩治毒品犯罪正常活动秩序之法益保护。但按照重法优于轻法的处理原则,大量窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃的行为被按照其他犯罪进行了处理。虽然这有利于强化其他与毒品相关犯罪的法益保护,但客观上必然会削弱《刑法》第 349 条窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的法益保护,淡化其行为对国家司法机关惩治毒品犯罪活动秩序的侵害。

三、应然的选择:毒品洗钱犯罪的立法取消论及其展开

(一)立法的抉择:取消毒品洗钱犯罪及其立法理由

基于《刑法》第 349 条窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的立法和司法状况,同时结合我国刑法基本法理,笔者认为,我国应当取消《刑法》第 349 条的窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪。理由主要是:

第一,该罪构成要件的设置不合理。从立法上看,《刑法》第 349 条对该罪采取的是“行为 + 对象”的模式,其中“行为”包括窝藏、转移和隐瞒,“对象”包括毒品和毒赃。其行为和对象设置存在的突出问题表现为以下两点。一是“行为”范围不确定,主要体现为窝藏与持有、转移与运输等界限不清,客观上导致了该罪与多个洗钱犯罪、毒品犯罪不可避免地发生了行为方式和行为对象上的竞合,进而混淆了该罪与相关犯罪的法律界限,并因此成为司法适用混乱的源头。二是上游犯罪的范围过窄。根据《刑法》第 349 条的规定,窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃的上游犯罪仅

①参见新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院:“云梦娇非法持有毒品罪二审刑事裁定书”,(2016)新 01 刑终 215 号,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=Xo/iK6Op8tpXv4i6JJuLXdw+VmpaHQbB0>, 最后访问时间:2024 年 5 月 4 日

②事实上,只是在“情节严重”时,《刑法》第 349 条的处罚更重;同时,由于《刑法》第 312 条规定了单位可构成该罪,而第 349 条没有规定单位犯罪,按照过去的习惯做法,对于单位实施窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃行为的,应适用《刑法》第 312 条。

③个别情况下还包括窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃行为未达到其他犯罪的入罪标准(如未达到非法持有毒品罪的数量要求),但达到了《刑法》第 349 条窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪入罪标准的行为。

限于“走私、贩卖、运输、制造毒品”犯罪,而《刑法》分则第六章第八节规定的毒品犯罪多达11种,除了走私、贩卖、运输、制造毒品罪外,其余10个毒品犯罪中多是以牟利为目的的犯罪,如《刑法》第350条规定的非法生产、买卖、运输制毒物品、走私制毒物品罪等。这些毒品犯罪可能产生大量的犯罪所得,对这些犯罪所得窝藏、转移、隐瞒的行为却不能受到《刑法》第349条的规制,其立法逻辑难以理解,也会削弱《刑法》第349条窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的立法价值。

第二,刑法立法的调整削弱了该罪的立法价值。《刑法》第349条窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的立法始于1990年《关于禁毒的决定》并被1997年《刑法》所吸收。在1997年《刑法》制定时,《刑法》第312条规定的犯罪行为尚局限为“窝藏、转移、收购、代为销售赃物”行为,其法定刑也只是“三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金”;《刑法》第191条洗钱罪的上游犯罪只限于“毒品犯罪、黑社会性质组织犯罪、走私犯罪”,其针对毒品犯罪洗钱的规定,也是来自于《关于禁毒的决定》第4条后段的“掩饰、隐瞒出售毒品获得财物的非法性质和来源”,对洗钱的理解尚限于狭义的范畴。这时,《刑法》第349条窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的行为范围和法定刑都与之有较大差距,立法的必要性尚能接受。但《刑法修正案(六)》不仅扩大了《刑法》第312条的行为范围,而且提升了其法定刑,增设了“情节严重的,处三年以上七以下有期徒刑,并处罚金”一档;《刑法》第191条的上游犯罪范围也不断扩大。在此基础上,司法实践中对《刑法》第191条的行为方式也作了扩大理解(即不再局限于“洗白”犯罪所得及其收益)。在此背景下,《刑法》第349条窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪与相关犯罪的调整范围、惩治力度对比发生了明显变化,该罪存在的价值明显下降。

第三,单位犯罪的立法缺失限制了该罪的适用。我国《刑法》第349条没有针对窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪规定单位犯罪,但《刑法》第312

条第2款针对掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪规定了单位犯罪(系由《中华人民共和国刑法修正案(七)》增设)。按照2014年全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第三十条的解释》,单位实施窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃行为的,可以对组织、策划、实施该危害社会行为的人依法追究刑事责任,但不能追究单位的刑事责任。如果要追究单位窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃行为的刑事责任,则要适用《刑法》第312条的规定,认定单位犯掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪,才能对单位适用罚金,并对单位内部的直接责任人员给予刑事处罚^①。这无疑进一步限制了《刑法》第349条窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的适用。

第四,司法的重刑倾向极大地挤压该罪的存在空间。如前所述,由于对《刑法》第349条窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪与相关犯罪的法律竞合采取了重法优于轻法的处理原则,窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的司法适用空间因此受到了极大挤压,导致司法实践中适用该罪的范围大为缩小。笔者从“中国裁判文书网”查询的数据表明,截至2017年12月31日,我国法院作出的案由包含“窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃”的一、二审裁判文书只有117份,而同期案由包括“掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益”的一、二审裁判文书多达26396份。窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪在司法实践中适用率极低,在毒品犯罪总数(同期案由包括“毒品”的一、二审裁判文书为347412份)中,几乎可以忽略不计。

第五,取消该罪不会影响我国对相关国际条约义务的履行。毒品犯罪严重危害人们的身心健康,是国际社会共同关注并始终致力于解决的难题。其中也包括毒品洗钱犯罪。对此,1998年联合国《禁止非法贩运麻醉品和精神药物公约》第3条第5款专门规定了“隐瞒或掩饰毒品犯罪所得财产来源罪”,规定为了隐瞒或掩饰制造、贩卖、运输、提供毒品等犯罪所获得财产的非法来

^①2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》针对单位贷款诈骗采取的就是这一做法。该座谈会纪要明确规定:“根据刑法第三十条和第一百九十三条的规定,单位不构成贷款诈骗罪。对于单位实施的贷款诈骗行为,不能以贷款诈骗罪定罪处罚,也不能以贷款诈骗罪追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。但是,在司法实践中,对于单位十分明显地以非法占有为目的,利用签订、履行借款合同诈骗银行或其他金融机构贷款,符合刑法第二百二十四条规定的合同诈骗罪构成要件的,应当以合同诈骗罪定罪处罚”。

源,或者为了协助任何涉及毒品犯罪的人逃避其行为的法律后果而转换或转让该财产的行为均构成本罪。尽管如此,世界多数国家仍将毒品洗钱犯罪规定在洗钱罪或者普通的赃物犯罪之中,没有专门的毒品洗钱犯罪立法。由于我国《刑法》第 191 条规定的洗钱罪已将毒品犯罪作为其上游犯罪,因此取消《刑法》第 349 条窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的规定,并不会影响我国对联合国《禁止非法贩运麻醉品和精神药物公约》等国际条约规定义务的履行。

(二)立法的拓展:应同时取消包庇毒品犯罪分子罪

客观地看,《刑法》第 349 条关于窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的立法,是我国刑法不断细化毒品犯罪立法的结果,也是积极贯彻罪刑法定原则要求的体现。但这种立法存在明显的类型化过细、过于具体的缺陷,其最终的立法效果与其立法初衷可能背道而驰。

类似的规定在毒品犯罪中有《刑法》第 349 条规定的包庇毒品犯罪分子罪。根据《刑法》第 349 条规定,该罪的行为是“包庇走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子”,其法定刑是“三年以下有期徒刑、拘役或者管制;情节严重,处三年以上十年以下有期徒刑”。但问题是,《刑法》第 310 条规定了窝藏、包庇罪,其行为是“明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物,帮助其逃避或者作假证明包庇”的行为,法定刑是“三年以下有期徒刑、拘役或者管制;情节严重的,处三年以上十年以下有期徒刑”。其中有三个问题值得关注:

第一,《刑法》第 349 条只将包庇毒品犯罪分子的行为单独成罪,却没有将窝藏毒品犯罪分子的行为单独成罪,没有合理的理由可以解释。因为从危害性上看,窝藏毒品犯罪分子与包庇毒品犯罪分子这两种行为对国家司法机关查处毒品犯罪正常活动秩序的侵害很难说孰轻孰重。事实上,2021 年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理窝藏、包庇刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《办理窝藏、包庇案件解释》)不仅在第 4 条对窝藏罪、包庇罪的“情节严重”采取了相同的标准,而且在第 7 条对与窝藏、包庇相关的犯罪行为采取了统一的做法,即规定对同一犯罪的人实施窝藏、包庇、洗钱等行为的,按照从一

重罪处断的原则进行处理,并从重处罚,不实行数罪并罚。在此背景下,《刑法》第 349 条仅规定包庇毒品犯罪分子罪而没有规定窝藏毒品犯罪分子罪,更显得突兀。

第二,《刑法》第 349 条针对包庇毒品犯罪分子罪规定的法定刑与《刑法》第 310 条针对窝藏、包庇罪规定的法定刑完全相同,单独成罪的处罚必要性不明显。毫无疑问,前者应当是特别法,其包庇的对象只限于走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子,后者则是一般法。不过,在两者法定刑完全一样的情况下,《刑法》第 349 条规定专门的包庇毒品犯罪分子罪意义何在,抑或它只是一个宣示性立法,令人难以理解。在入罪标准上,《立案追诉标准(三)》第 4 条第 1 款规定:“为走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子窝藏、转移、隐瞒毒品或者犯罪所得的财物的,应予立案追诉”;同样,《办理窝藏、包庇案件解释》第 2 条规定,明知是犯罪的人,为帮助其逃避刑事追究,或者帮助其获得从宽处罚,应当依照《刑法》第 310 条第 1 款的规定,以包庇罪定罪处罚。这意味着我国司法机关对包庇毒品犯罪分子罪和包庇罪采取的入罪标准相同,即只要实施包庇行为就可入罪。在入罪标准、法定刑均相同的情况下,《刑法》第 349 条单独设置包庇毒品犯罪分子罪的必要性存疑。

第三,《刑法》第 349 条对包庇毒品犯罪分子的加重处罚可能与《刑法》第 310 条形成倒挂。从情理上讲,我国刑法将包庇毒品犯罪分子的行为单独成罪,除了宣示性意义,更多的是为了体现对毒品犯罪从严处罚的政策精神。不过,随着我国对一般窝藏、包庇犯罪行为处罚力度的增加,依据《刑法》第 349 条对包庇毒品犯罪分子进行处罚与依据《刑法》第 310 条对包庇毒品犯罪分子进行处罚,可能出现事与愿违的相反结果。例如,《办理窝藏、包庇案件解释》第 4 条规定,窝藏、包庇犯罪的人,多次包庇或者包庇多人,或者可能被判处十年以上有期徒刑且系犯罪集团首要分子的,应认定为情节严重。由于走私、贩卖、运输、制造毒品罪属于我国刑法上的重罪,仅“走私、贩卖、运输、制造鸦片一千克以上、海洛因或者甲基苯丙胺五十克以上或者其他毒品数量大的”就应适用“十五年有期徒刑、无期徒刑或者死

刑,并处没收财产”,因此对包庇走私、贩卖、运输、制造毒品犯罪分子的行为适用《刑法》第310条,按照上述司法解释的规定,很容易认定为“情节严重”,适用“三年以上十年以下有期徒刑”这一档刑罚。相比之下,由于我国没有对《刑法》第349条包庇毒品犯罪分子行为的情节轻重作出明确规定,因此很容易出现处罚的倒挂,即依据《刑法》第349条对包庇毒品犯罪分子所作的加重处罚可能轻于依据《刑法》第310条对包庇毒品犯罪分子所作的加重处罚。这显然不符合我国设立《刑法》第349条从严惩治毒品犯罪的初衷。

基于与取消《刑法》第349条窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪相类似的理由,从合理限制刑法立法类型化的角度,笔者认为,我国应当同时取消《刑法》第349条规定的包庇毒品犯罪分子罪。这样一来,《刑法》第349条将从立法上整体删除。

结 语

我国《刑法》第349条的立法在我国刑法中

具有特殊意义,是我国刑法在罪刑法定原则立场下对犯罪行为进行分类立法的典型例证。从洗钱犯罪立法的角度看,《刑法》第349条规定的窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪是洗钱犯罪立法极度细化的结果,形成了普通洗钱罪、金融洗钱罪和毒品洗钱罪三足并立的格局。但《刑法》第349条在对毒品洗钱犯罪进行细化立法时,因类型化过细,忽略了与其上游犯罪、平行毒品犯罪以及其他洗钱犯罪之间的合理界分,进而造成其与相关犯罪之间存在多重法律竞合。而重法优于轻法的处断原则,客观上又极大地压缩了该罪的存在空间,削弱了该罪的立法价值。从促进刑法立法合理类型化的角度,同时基于刑法立法资源的有限性考虑,本文建议,我国应当取消《刑法》第349条规定的窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪,同时取消该条规定的包庇毒品犯罪分子罪。

【责任编辑:耿 浩】

Legislative co-opetition of drug money laundering
crime and its improvement

Yuan Bin

(Beijing Normal University, Beijing 100875, China)

Abstract: Due to the legislative setting of the behavior type, drug money laundering crime and related crimes in China will have multiple legal co-opetition relationships, including legal co-opetition with upstream crimes such as drug transportation crimes, parallel co-opetition with drug crimes such as illegal possession of drugs, and inferior co-opetition with crimes of covering or concealing criminal proceeds or criminal earnings and money laundering crime. Most of these legal co-opetition relationships are crossed co-opetition relationships, while some are inclusive co-opetition relationships. The absolute principle of heavier law over lighter law in the legal co-opetition between drug money laundering crime and related crimes has greatly compressed the existence of drug money laundering crime. In the future, China should abolish the drug money laundering crime in Article 349 of the Criminal Law from a legislative perspective.

Key words: drug crime; crime of harboring, transferring or concealing drugs or drug proceeds; co-opetition of laws; reasonable typology

【基层社会治理研究】

新时代“枫桥经验”法治化理性实践维度研究

邓泉铭¹, 郝梦思²

(1. 中共辽宁省委政法委员会, 辽宁 沈阳 110003; 2. 沈阳市中级人民法院, 辽宁 沈阳 110034)

〔摘要〕在运用新时代“枫桥经验”推动基层社会治理法治化的进程中,从传统“人治”思维到法治化思维和方式的运用,需要结合从“枫桥经验”诞生之初到当前新形势新任务发生的深刻变化,重新审视“枫桥经验”理论基础与当前法治功能之间存在的约束与差异,避免法治手段和方式完全取代道德、习惯和风俗的约束。从国家规范、治理方式、行为规范等方面,理性、谦抑地理解法治方式和手段的局限性;聚焦社会关系、社会利益、社会行为、社会矛盾、社会公正和社会和谐等多个维度,研究解决当前社会矛盾纠纷;精准定位新时代“枫桥经验”与法治思维和方式有效融合的法治化接驳点,找出理性边界及延伸路径,为探索完善蕴含法治基因的新时代“枫桥经验”提出合理化建议。

〔关键词〕新时代“枫桥经验”;法治化;理性实践;维度构建

〔作者简介〕邓泉铭(1982—),男,河北阜城人,中共辽宁省委政法委员会三级调研员,主要从事社会治理、社会治安防控体系建设研究;郝梦思(1983—),女,辽宁本溪人,沈阳市中级人民法院四级高级法官,主要从事民法学与民商事审判研究。

〔收稿日期〕2024-05-15

〔中图分类号〕D926 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)03-011-09

新时代“枫桥经验”是实现基层社会治理法治化的重要实践经验。党的二十大报告提出,在社会基层坚持和发展新时代“枫桥经验”,要完善新形势下正确处理人民内部矛盾机制,加强和改进人民信访工作,畅通和规范群众诉求表达、利益协调、权益保障通道^[1]。这一方面凸显出新时代“枫桥经验”在基层社会治理中的典范作用,一方面为运用新时代“枫桥经验”推进基层社会治理法治化提供了理论遵循。新时代“枫桥经验”诞生于基层,其法治化的变革实践也在基层。不可否认,基层社会治理融入法治化基因无论对维护公民权益、化解社会矛盾,还是调整利益关系、维护社会秩序都发挥着不可替代的作用。但是,随着公共管理的逐步开放和公民参与的逐步增多,基层社会治理必须面对“政府不再是国家唯一的治理主体,各种社会组织、私营机构乃至私人只要其行使的权利获得法律或公共的认可,就可能成为不同层面上的治理主体”的现实。因

此,当前以国家强制力为主要结构的基层治理法治现状,亟须在实践中找到与社会不同主体进行共治的边界,恰当地充实法律形态,让法治理念理性扩容、法治手段精确发力,使社会摆脱传统治理模式的国家中心主义倾向,有效推动和实现法治国家、法治政府、法治社会一体建设,全面实现依法治国。

一、新时代“枫桥经验”法治化理性的必要性

正如美国学者昂格尔所言:“尽管人们至今还认为法律对于维持社会秩序是必不可少的,但现代社会的确能够脱离繁杂的法律而良好存在,甚至更加繁荣昌盛”^[2],良好的基层社会秩序是多重因素共同作用的结果。在新时代“枫桥经验”实践中,依法治理作为社会治理“系统工程”的有机体,应理性且谦抑地理解和把握其局限性并对其进行宏观构建、完善和解决,避免忽略社会的丰富多彩和个体的不同,防止法律上的权利

义务关系完全取代人与人之间的感情与和谐,避免“枫桥经验”过度法治化、国家化和统一化,进而成为法治形式主义的牺牲品^[3]。为此,新时代“枫桥经验”法治化理性有必要分为以下几方面理解和把握。

(一) 基于国家规范的理性

法律作为国家规范,是由国家强制力保证实施的具有普遍约束力的社会规范,是现代化国家治理所有社会规范的组成部分之一。在法治国家中,法律并不排斥与之相适应的其他社会规范,而是同其相互作用与影响。法社会学理论认为:诸如法律规章、道德标准、伦理规则、宗教教规、地方习俗、礼仪约定等社会规范,都产生于社会并调整着各自领域的社会关系,发挥着社会治理的作用。而在所有与法律相适应的社会规范中,法律作为制裁和救济手段,通常具有成本高、程序繁琐、效率偏低、措施严厉、效果严重等特征。因此,如果通过除法律之外的其他社会规范就可以调整社会关系、平衡社会利益、规范社会行为、化解社会矛盾、促进社会公正,就应保持法治的最后手段性而综合适用国家强制力之外的社会规范。笔者在2023年以工作所在地1123名城乡居民为调查对象开展问卷调查,发放了《关于矛盾纠纷多元化解情况的问卷调查》。统计显示,在矛盾纠纷得到成功调处的受访村(居)民(以下简称“受访村居民”)中,优先选择的是“亲朋熟人”的帮助(占比78.6%),其次是“社会力量”(包括社会组织、调解委员会、媒体、律师等)的帮助(占比13.77%),最后才是“政府机构”(包括公检法司机关及信访部门等)。从调查结果来看,受访对象在面对矛盾纠纷时,体现出从人际关系力量、社会资源力量到政府强制力量的分布有序性和选择差异性。这与浙江枫桥镇“小事依规(村规民约)、大事依法(法律法规)、网格管理、知良树德”的工作经验并不矛盾且存在耦合。可见,基于人际社会关系的力量对矛盾纠纷的化解影响力更大。因此,在运用新时代“枫桥经验”调处化解矛盾纠纷的法治实践中,基于国家规范的理性是将法律法规作为社会规则的后盾和保障融入国家治理和社会规范体系的逻辑化理性。实践中,既需准确理解其必要性,更需清醒认识其局限性,还要承认外在规则即社会本身

形成的化解矛盾纠纷的方式和规则的有效性。

(二) 基于治理方式的理性

新时代“枫桥经验”本质上是在“法治、德治、自治”三者的有机结合中产生的。奥地利法学家欧根·埃利希提出:“法律是国家生活、社会生活、精神生活和经济社会的秩序,但无论如何不是它们的唯一秩序,事实上,假如生活只由法律来规制,那么社会必定变成地狱”^[4]。可见,法治方式的适用因对象、程序、环境以及时间等因素的不同而受到来自外部环境和内部条件的制约,不能做到包治“百病”进而包治天下。从外部环境上看,法治作为综合治理方式中的一种重要方式,应注重坚持法的保障性和谦抑性,避免其作为唯一且首选的方式应对矛盾纠纷;从内部条件看,即便适用法治方式来解决矛盾纠纷,依然应在法律框架内根据程序制约规则、比例规则、协调适用规则对法治手段使用的必要性、合法性、可行性等进行评估后再找出“最大公约数”。因此,当前运用“枫桥经验”从“人治”向法治进行有序变革,决不能忽略传统方式中德治、自治、共治等方式在基层社会治理中实现保障安全、维护秩序、解决问题、自我管理的作用。笔者的调查问卷统计显示,占比79.2%的受访村(居)民,其矛盾纠纷都是通过亲朋熟人、村(社区)人员、律师等行业人员以及专业调解委员会的调解工作得以解决,只有20.8%的受访村(居)民选择通过法律途径解决矛盾纠纷。可见,法律作为普遍性、统一性、国家意志性和强制性的社会治理规则,是以法治为基础的现代国家和社会治理体系的保障性和滞后性选择,是与其他社会治理方式相辅相成的必要性存在。

(三) 基于行为规范的理性

在现代国家,法律调整的对象仅限于人们的外在行为,单纯的思想或动机不是法律所调整的对象,其在规范人们行为上更多体现为指引、预测、评价和强制作用。相对于道德、习俗以及行业规则等与人们社会活动行为息息相关的其他社会规范,法律对人们行为的规范在表现形式、调整机制以及评价标准等方面存在明显的差异性,能够为人们提供的只是一种既定的行为模式。这在当今人们对多渠道、多元化、多层次的经济交往、社会交往以及人际交往需求面前显得

力所不及。即便法律对人们外在行为存在教育作用,也只是通过其规定和实施而影响人们思想,但难以直接改造人们的思想和信仰,进而控制人们的外在行为。习近平总书记指出:“发挥好道德的教化作用,必须以道德滋养法治精神、强化道德对法治文化的支撑作用。再多再好的法律,必须转化为人们内心自觉才能真正为人们所遵行。‘不知耻者,无所不为。’没有道德滋养,法治文化就缺乏源头活水,法律实施就缺乏坚实社会基础”^①。可见,让人们自觉对法律形成信仰而在面对矛盾纠纷时通过法治方式和法治思维解决问题,不是仅靠刚性的法律及国家强制力本身就能够做到的。在新时代“枫桥经验”的法治化变革中,法治精神和法律规范的引入,让人们明确了权利与义务,起到了保障性的底线作用,但诚信、博爱、无私等影响社会和谐的高尚精神,则需要道德等其他社会规范进行引导。如果通过德治教化等柔性方式(如诚恳道歉、代表评议等方法)化解矛盾纠纷,就应当尽量避免法治的强制性手段介入,村社自治、民间习俗、爱心救济、经济补偿等非法治方式方法可以解决大部分矛盾纠纷问题。在笔者的调查问卷中,通过赔礼道歉解决矛盾纠纷的受访村(居)民占比为52.9%,通过谈心交心解决矛盾纠纷的受访村(居)民占比为22.5%,通过经济补偿解决矛盾纠纷的受访村(居)民占比为14.6%,而通过法治方式解决矛盾纠纷的受访村(居)民仅占被调查对象的10%。行为选择上的优先级是意识优先级的客观体现。儒家传统文化深入民众的意识与认知,法治方式作为解决纠纷的重要方式之一,虽然在人们日常行为方式的选择上具有终局性等特征,但在中国传统文化的社会格局中不具备优先控制行为的预判性特征。因此,法治有必要在其他行为规范前有所节制,各项法律法规也应找准其在基层治理中的局限性边界。

(四) 基于谦抑理念的理性

谦抑原则,又称必要性原则,起初是刑法学定罪的基本原则之一。习近平总书记强调:“法律不应该是冷冰冰的,司法工作也是做群众工

作”^⑤。因此,应树立正确法治理念,坚持以法为据、以理服人、以情感人,努力实现最佳的法律效果、政治效果、社会效果^⑥。在运用新时代“枫桥经验”解决人民内部矛盾纠纷时,刑罚和行政处罚等国家强制力应保持必要的警醒谦和,在穷尽其他非制裁性手段的情况下审慎介入而保持节制;即便作为最后的规制手段入场,也应过罚相当,保持合理限度,用最少的刑罚或处罚取得最大的罚责效果,体现情、理、法的递进性法哲学思维,取得最大的社会效益。《人民法院报》曾发文指出:司法保持适度的谦抑,是司法作为社会公平正义最后一道防线的必然要求,司法权不过多、不超前介入社会矛盾,以维持其裁判执行权的最后和最终之权威性^②。这既说明司法手段等法治方式在维护社会秩序时应秉持谦抑理念,避免因过度适用而侵害公民合法权益;又体现并蕴含了确保公民权益应体现“软法”到“硬法”应用的立体感和梯次性;当然也保留了司法权对行政权,以及行政权对自治权的应有尊重。实践中,在是否使用国家强制力上,村规民约等软法的介入要优先于国家法律和地方法规等硬法的介入;在惩罚手段的强制程度上,民商法、经济法、行政法等一般性制裁部门法的介入要优先于刑法强制力的介入;在调整社会关系上,民法、公司法等私法手段的介入要优先于刑法、行政处罚法等公法手段的介入;在解决纠纷的救济方式上,协商、调解和仲裁等手段的介入要优先于司法诉讼的介入。法治思维和法治方式的运用不应是平面的、一味强制的、缺乏层次感的,而是具有空间感、刚柔并济、充满灵性的。可以说,谦抑理念中的必要性与社会治理的复杂性、广域性和多元性高度契合。特别是在法的实施上,辩证地从国家强制、社会强制到非强制与义务并用,义务性要求与期望并存,进而实现不同类型法治手段的实施与合作。

(五) 基于公权力制约的理性

发展与治理相辅相成,基层发展是政策落实的体现,也是检验基层治理效能的重要标准。面对基层治理重任,固守原有单一的法律渊源已无

①参见《习近平著作选读》第一卷,北京:人民出版社2023年4月第1版,第301页。

②参见杨敏栓:《民事执行中正确贯彻“司法谦抑性”原则》,载《人民法院报》2022年2月7日,第2版。

法满足新时代“枫桥经验”法治实践的需求。党的十八大以来,我们党高度重视党内法规建设,为推进经济社会发展提供了重要的制度保障,也为全面推进依法治国,实现基层治理现代化、法治化奠定了坚实的制度基础。在推进中国式法治现代化的时代进程中实现基层治理现代化,不仅要通过完备的法律体系为国家公权力的行使设定必要的原则和程序,明确公权力的内容、行使范围、运作方式等,还要加强党规党纪建设,对党员干部特殊义务和责任形成制约和监督,从而督促党员干部形成正确的权力观,避免出现因权力滥用而引发的基层治理问题。因此,新时代“枫桥经验”的法治化实践作为基层社会治理的重要内容,同时兼顾一般法律与党内法规建设为应有之义,为“坚持党的领导、坚持群众路线、坚持以人民为中心”同时提供外在的强化约束和内在的理性制约。

(六) 基于完善法律体系的理性

习近平总书记指出:“人民群众对立法的期盼,已经不是有没有,而是好不好、管用不管用、能不能解决实际问题”^①。可见,在运用新时代“枫桥经验”推进基层治理法治化进程中,包括立法在内的法治化进程不仅要面对基层治理的复杂性、调整对象的分散性和社会风险的不可控性等因素,更应充分认识到当前法律体系存在的某些局限性和人民群众对法律法规的可实施性期待。在基层社会治理法治化变革中,之所以在一些新兴交叉领域治理“乏力”,原因就在于法律部门之间、不同学科之间单一、孤立的研究范式所造就的壁垒。因此,需要以特定社会领域内具有共性的法律现象作为研究对象,综合运用人文社会科学方法进行归纳、解释与预测,整合传统法律部门要素以消解研究壁垒。从这个意义上讲,多元法律体系的理性构建必要性,并非是对传统基层治理方式的颠覆,而是对传统基层治理中难以有效回应的新兴领域问题所提供的一种崭新的研究视角和方法论指引。

二、新时代“枫桥经验”法治化理性实践维度

西方发达国家社会治理经验表明,面对社会

经济生活呈现经济成分和利益主体多元化、社会结构和联系多维化、人们生活方式和需求多样化等特征,依靠政府单一主体“碎片化”社会治理模式已经不能适应当前矛盾纠纷、利益诉求复杂化的趋势,社会治理方式的创新与转型成为必然选择。德国等西方发达国家在尊重个人和地方权利的基础上,展开公共集体协商,将社会治理重心放在基层,主张自治和互助,吸收各类社会组织实现了社会有效治理。在当代中国,经济的发展使社会治理同样面对相似问题,公共利益与个人利益存在多元的利益诉求,需要多方参与并畅通多元渠道,通过平等协商和协同化解,实现利益协调及矛盾纠纷的自我消解。根据党的二十大对推进全面依法治国的新部署,新时代“枫桥经验”法治化就是要以良法促进发展、保障善治,以协商调解为基本方式,充分发挥法治的普遍性、国家性、规范性以及可预测性特征,协调社会关系、平衡社会利益、规范社会行为、化解社会矛盾、促进社会公正、维护社会和谐。可以说,党的二十大对依法治理的理论论断顺应了当前社会治理的全球化趋势,明确了在法治框架下通过协商的基本方式来解决社会关系、社会利益、社会行为、社会矛盾、社会公正和社会和谐六个维度的问题。

(一) 社会关系维度

协调社会关系是基层社会治理的首要任务,因此,社会关系也是法治化理性维度的首要维度。社会关系即主体之间的各种社会连接方式,其本质是利益关系。协调关系一词来源于心理学和心理治疗,是指帮助者与受助者之间、检查者与受检者(如心理测验中)之间建立的互相信任、互相理解的和谐关系。实践中,之所以以“协调”为手段和方式处理社会个体或群众之间矛盾纠纷,是以信任、理解和和谐为出发点,从利益分配、利益表达、冲突解决等方面,通过利益引导、利益约束、利益调节、利益补偿等方法,协调各种利益诉求,兼顾各方关切,实现社会关系协调。在利益引导、利益调节和利益补偿方面,通常通过宣传、教育、税收以及保险等市场化和社会化手段解决;法治化的思维和方式在协调社会关

①参见中共中央宣传部 中央全面依法治国委员会办公室:《习近平法治思想学习纲要》,北京:人民出版社 学习出版社 2021 年版,第 81 页。

系、解决社会矛盾中,更多体现为利益需求和利益行为调节器和控制器作用,以实现利益约束,进而协调社会关系。可见,法对社会的控制和调整主要通过对利益的调控而实现。公平公正、合法合理的法治化社会环境,可以理性确定人们的利益诉求、有效协调利益关系,防止利益关系失衡引发不法行为,减少社会利益纷争。近年来,我国的立法和司法实践中,正逐步实现法治思维和方式的协调作用,如《中华人民共和国治安管理处罚法》第76条关于“强制性教育”的规定^①,就充分体现了法治化的利益约束特质;又如,越来越多的基层人民法院依法积极开展诉前指引,引导群众根据案件情况选择适当的纠纷解决方式,体现出法治化思维和方式在协调社会关系中的重要作用。

(二) 社会利益维度

平衡社会利益是基层社会治理的主要任务,也是协调社会关系的主要抓手。美国法社会学家罗斯科·庞德认为,社会利益是包含在文明社会中并基于维护文明社会的正常秩序和活动而提出的各种具有普遍性的主张、需要和愿望,实现各种权利背后的利益平衡是法律控制的价值目标^[7]。美国经济学家肯尼思·约瑟夫·阿罗提出的“阿罗定理”(又称“不可能定理”)表明,如果众多的社会成员具有不同的心理偏好,而社会又有多种备选方案,那么,在民主制度下,就不可能得到令所有人都满意的结果^[8]。这一定理进一步揭示了“每一个个体的所作所为、所思所想不可能让所有人满意”的事实。因此,社会利益是广泛个体利益的相对集中表现,即对社会利益在实践中的把握应着眼于“平衡”。近年来,许多社会关系的紧张,往往是不同利益诉求使然,如企业改制、房屋拆迁、土地征用等方面矛盾纠纷的出现,就是置广泛的个体利益于不顾所产生的矛盾纠纷。这些矛盾纠纷的背后,是其他利益与广大人民群众利益的失衡。面对新形势,党的

二十大报告对推进新时代“枫桥经验”的理论表述正是抓住了“以人民为中心”的思想,将人民最关心最直接最现实的利益问题是否得到保障,作为提升社会治理法治化水平的根本途径。为此,运用新时代“枫桥经验”的法治化思维和方式,在平衡社会利益时应更多地体现“以人民为中心”的思想,将人民群众的利益作为法律控制的价值目标。面对交叉重叠的利益需求,法律如何承认、限制与保护人民群众的利益就变得尤为重要。例如:在法治化轨道上将各种矛盾纳入秩序的框架中,关注民众需要以及如何保障其权益的问题;以理性为基石,构建维持社会利益平衡的法律法规体系,等等。

(三) 社会行为维度

规范社会行为是社会治理的重要功能,也是基层社会治理的具体任务。通过规范社会行为,使人们的行为有序,使社会秩序得以维护。规(尺规)和范(模具)分别是对物、料的约束器具,合用为“规范”,其基本含义拓展为对思维和行为约束力量集合,其中除法律、规章制度、纪律外,道德伦理也具有规范的性质,可见规范对社会行为的影响和约束呈现出多元化特征。习近平总书记指出:“法律和道德都具有规范社会行为、调节社会关系、维护社会秩序的作用,在国家治理中都有其地位和功能。法律的有效实施有赖于道德支持,道德践行也离不开法律约束”^②。这既说明了法治化手段在运用新时代“枫桥经验”推进基层治理实践中的必要性,也肯定了对社会行为在实践中的把握应着眼于“规范”的多重性。社会上绝大多数人一生都不会触碰法律的底线,法律对于具有较高道德觉悟与自律意识的人仅仅是一种规范引领。各行各业的工作者履职尽责、牺牲奉献、精益求精的程度,主要取决于道德的激励及内心的自觉自律,而非法律的惩处与规章的要求。因而,作为国家治理现代化重要组成部分的基层社会治理,其推进主要取决于

①《中华人民共和国治安管理处罚法》第76条规定:“有本法第六十七条、第六十八条、第七十条的行为,屡教不改的,可以按照国家规定采取强制性教育措施”。即以下三种行为:(1)引诱、容留、介绍他人卖淫的(第67条);(2)制作、运输、复制、出售、出租淫秽的书刊、图片、影片、音像制品等淫秽物品或者利用计算机信息网络、电话以及其他通讯工具传播淫秽信息的(第68条);(3)赌博或者为赌博提供条件的(第70条)。

②参见中共中央宣传部 中央全面依法治国委员会办公室:《习近平法治思想学习纲要》,北京:人民出版社 学习出版社 2021年版,第40页。

“德治”的效能^[9]。这也说明法律法规介入社会治理调解矛盾纠纷时,应顺应我国“以德治国”的治理传统与民族文化心理,其作为一种工具和方式在提升民众法律文化素质和法治思维认知的基础上,应发挥对绝大多数民众日常行为的约束、预防、警告作用,以及对少数公民侵害行为的惩戒与威慑作用。

(四) 社会矛盾维度

社会矛盾的化解是社会治理的重要内容,也是运用新时代“枫桥经验”推进基层治理的工作重心。“化解”一词,是指通过某种方式或方法来解决矛盾、冲突或困难,使其得到缓解或消除,常常涉及到协商、调解、妥协等手段,旨在达到和解、和谐的状态。为此,根据西方协同治理理论和我国近年来矛盾纠纷多元化解的创新理论,结合基层社会矛盾产生缘由、类型的不同,化解基层矛盾纠纷的方式也应随之体现出灵活性和系统性,根据不同的矛盾采取不同的解决机制,并加强机制之间的联动与互补,进而提高矛盾化解的有效性、科学性^[10]。同时,基于“枫桥经验”理念以及基层多维矛盾现状,要求化解基层社会矛盾纠纷必须由信访、维稳等刚性手段向综合运用民主、协商等柔性治理方式转变。对社会矛盾纠纷在实践中的把握着眼于“化解”,可体现协商民主的利益协调、平等协商、协同化解和自我消融的功能,有利于创新基层社会治理方式,激发社会治理活力,消解基层风险。当然,法治化的化解思维也可植入协商化解的过程,例如加强政府对基层协商民主的引导、提高民众的民主协商能力以及提供基层协商民主的规范化程序等。实践中,公安部门、检察院、法院以及司法所等法律实体根据职能,可适当提前介入矛盾纠纷的协商化解,开展法治宣传、用好检察建议以及开展诉源治理等。

(五) 社会公正维度

促进社会公正是社会治理的核心诉求。社会公正是一种平等社会关系的体现,产生于人们之间的利益关系,通过对社会关系进行均衡合理的调节,使每一个社会成员的权利与义务、付出与索取、地位和作用之间彼此对等^[11]。不难理解,社会公正既包括人的基本权利的平等,也包括参与分配资源机会和获取资源规则等非基本

权利的相对平等,更包括制度和法律等公权力的合理行使和公正实施。对于人的基本权利的平等,法律给予所有社会成员以无差别的保障与救济,是一种完全平等,包括社会福利、社会保障以及人身权、财产权等诸多权利。对于参与分配资源机会和获取资源规则等非基本权利的平等,是一种相对平等,公民能够拥有同等取得各种资源的可能性,它承认并尊重社会成员在发展潜力方面的“自然差异”和社会成员对社会利益形成的贡献,以及由此产生的利益分配的差别性,如《中华人民共和国民法典》中“物权编”的实施以及公众对“按劳分配”原则的普遍认同。公权力是保障社会公正不可忽略的外在因素,依法公正、高效、透明地行使公权力,保护人民合法权益并维护社会公共利益,对新时代“枫桥经验”法治化实践具有重要作用。如《法治政府建设实施纲要》的出台和《政府信息公开条例》等行政法规的修订,充分体现了对权力的规范和约束。因此,促进社会公正,既体现对公民基本权利的保障,也发挥了调动社会各阶层积极性和潜能的作用,更包括确保公权力使用透明性和公正性等方面的内容。

(六) 社会和谐维度

社会和谐是社会治理的根本目标,社会秩序的最高境界是社会和谐^[12]。美国法学家博登海默认为,秩序和谐是指在自然进程和社会进程中都存在着某种程序的一致性、连续性和确定性^[13]。因此,维持社会和谐就是要使社会处于稳定、平衡的状态,使社会成员能够和平共处,它是建立在社会关系、社会利益、社会行为、社会矛盾、社会公正之上的上层形态维度。从社会治理的目标导向以及公民权利本位社会的转向需求看,社会和谐维度至少应包含社会治理结构的合理和价值追求的守正两方面。党的二十大报告提出,“健全共建共治共享的社会治理制度,提升社会治理效能”“建设人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体”。这为构建合理的社会治理结构提供了基本理论遵循。因此,对于合理的社会治理结构,正如理论界和政策面把协商民主作为化解基层社会矛盾的重要转向一样,最终需要走向的是一种民主权利本位社会(治理结构),而不是原有的政治权力本位社会,最后要建

立的是公民社会(共治)形态。对于社会治理的价值追求,学者马进认为,全面推进国家治理体系现代化,提高社会治理能力和治理水平,既要靠良法,又要靠善治。法治与德治相结合的社会治理价值导向,是良法和善治的结合,能够强化公民参与共建的责任,注重日常管理中的知行合一,倡导和鼓励符合法德的行为,制约和惩处违背法德的行为^[14]。因此,政府、社会组织以及公民等社会治理主体在参与社会治理中,应具有健全的法治心态和德治心态,体现法德结合的治理导向,形成法德结合的叠加效应,用法治保障道德规范,以道德规范充实法治精神,强化法律与道德建设的相互促进作用。对社会和谐维度在实践中的把握之所以着眼于“维护”,不但体现了对“维以护之,免受外害”的基本含义,还体现了对法治权威的尊重和对群众利益的保护,充分表明了法治思维、法治文化和法治方式是构建和谐社会的必然选择。

三、新时代“枫桥经验”法治化理性实践的策略建议

党的二十大报告中,明确了坚持和发展新时代“枫桥经验”要立足于时代变革;明确了解决人民内部矛盾即践行新时代“枫桥经验”需要面对群众,所解决的问题依然在一定范畴内;明确了要完善一个机制,即“处理矛盾纠纷的机制”;明确了要强化一项工作,即“人民信访工作”;明确了畅通和规范“三个通道”,即“诉求表达”“利益协调”“权益保障”通道,为准确把握新时代“枫桥经验”法治化的路径提供了理论支撑和实践指引。综上,新时代“枫桥经验”法治化变革中,法治理性主要体现在主体职能的有效厘清与充分协作,治理过程的合理延伸与及时掌控,处置矛盾的质效保障和合理合法。

(一) 坚持“以人民为中心”立场

新时代“枫桥经验”的法治化理性实践应始终秉持“以人民为中心”的立场。传统“枫桥经验”以人民为中心的经验,在当代社会治理中依然历久弥新。社会治理工作重心在基层,人民群众作为基层最大的群体,既是工作对象也是工作主体。因此,运用新时代“枫桥经验”推进基层社会治理,以法治化思维和方式协调社会关系、平

衡社会利益,应始终把人民的利益作为核心利益,将人民群众的利益作为法律控制的价值目标,在法治轨道上不断创新群众工作的体制机制和方式方法,从传统向现代化转变,从线下向线上拓展,把更广泛的人民群众发动起来。实践中,应通过不断健全人民调解工作体系,完善诉调对接工作机制;同时,使新时代“枫桥经验”与执法司法等部门职能有机结合,如推广建立“枫桥式”公安派出所、打造“枫桥式”检察履职模式、深化“枫桥式”人民法庭创建等,为确立人民群众的中心地位和发挥人民群众主体作用奠定基础。

(二) 精准体现法治的约束作用

新时代“枫桥经验”的法治化理性实践应精准体现法治的约束作用。不断健全完善党组织领导的法治、德治、自治相结合的基层治理体系,是推进基层社会治理现代化、营造共建共治共享社会发展局面、激发基层发展活力的有效途径。其中,法治是自治与德治的边界和保障,其约束作用的发挥来源于立法和制度供给。因此,应进一步充实法律形态,建立并完善“硬法”与“软法”结合的基层治理法治化基本架构。一是要完善以宪法为核心的国家法律规范体系。坚持问题导向并着眼于基层治理领域,建立国家和地方、公法与私法、新兴领域和传统领域结合的法律体系,探究其可能涉及的法律规范及其价值,作技术和法理上的整合,解决因体系性不强而导致的法条间“逻辑冲突”问题。二是要完善以党章为核心的党内法规制度体系。要切实用好“督责问责”这把利剑,抓住领导干部这个“关键少数”,不断完善《中国共产党党内法规执行责任制规定(试行)》等党内法规,营造风清气正的政治生态,将深入贯彻党的群众路线与新时代“枫桥经验”结合起来,使社会治理的政策和任务得到层层落实。三是要完善以公序良俗为核心的社会自治规范体系。在法律框架下,进一步完善彰显当代法治精神的村规民约和居民公约,为群众行使各项自治权利提供基本准则,激发群众自治活力。四是要加快完善基层治理法治监督体系,加大对公权力的监督力度。健全基层权力监督机制,为基层组织权力设置边界,厘清权力事项的来由、依据,细化具体操作流程;完善基层社会监督体系,以村务监督委员会为监督主阵地,不断拓宽

群众制度化参与渠道,确保群众对基层重大公共事务的知情权和参与权;推动基层公共事务透明化和公开化,充分发挥社会舆论对基层治理的监督作用,让权力在阳光下运行。五是逐步培育基层治理法治文化基础,加强基层治理法治文化阵地建设,扩大法治文化宣传覆盖面。六是完善基层公共法律服务体系。基层政法单位要积极参与指导村(社区)制定富含法治文化的村规民约、居民公约,为实现基层治理法治化提供坚强的阵地保障。

(三)注重运用协同治理模式

新时代“枫桥经验”的法治化理性实践应注重运用协同治理的模式。协同治理理论来源于管理科学中的协同论,强调治理主体的多元化、各子系统和组织间的协同以及协同规则的制定。当前,中国特色社会主义进入新时代,社会主要矛盾发生了深刻变化。其中,基层政府治理能力不足、社会治理“碎片化”等现象依旧存在,针对多元化矛盾纠纷单一的解调机制、信访机制以及末端处置行为等碎片化治理方式缺乏解决基层社会矛盾的全局性、有效性、系统性,治理成果大打折扣,亟须加强协同治理。党的二十大报告中“关于坚持和发展新时代‘枫桥经验’,完善处理矛盾纠纷的机制”的重要理论内涵就是强调协同治理。一是注重建立治理主体之间的协同共治格局。协同共治既包括基层政府与上级政府之间的纵向协同,也包括政府各部门之间的横向协同,更包括各级政府与村(居)组织、社会组织和公民个人之间的交叉协同。二是注重治理过程中的程序衔接。对矛盾纠纷的解决要形成“事前、事中和事后”的程序链条,建立并厘清“事前有预防、事中有预警、事后有预案”的闭合处置体系,使矛盾纠纷预防无遗漏、收集无死角、事态可控制。三是注重矛盾纠纷解决机制的互补性。中国式现代化下的矛盾纠纷协同治理,还应包括科学的机制构建与相互衔接,主要是完善调解、仲裁、行政裁决、行政复议、诉讼等有机衔接、相互协调的多元化矛盾纠纷解决机制。

(四)运用协商民主方式化解矛盾纠纷

新时代“枫桥经验”的法治化理性实践应引导运用协商民主方式化解矛盾。进入新时代,我国在治理方式上改原有的“社会管理”为“社会治

理”,大力推进基层治理法治化变革。基层政府作为治理主体之一,也应相应调整治理策略,改变原有的刚性维稳模式,逐步代之以提升容纳冲突与矛盾能力的途径,尝试把协商民主方式嫁接到基层社会矛盾化解领域,形成理性、民主、协商解决问题的氛围,尽量不以刚性法规去调整对待群众利益^[15]。相应的,法治政府建设的基本内容之一,就是在明确政府作为社会治理主体之一的基础上,全面正确履行政府职能,推进政府职能转变和简政放权、放管结合、优化服务,厘清政府和市场、政府和社会的关系。因此,多元主体共治视域下的社会治理理念,顺应了利益多元化的形势要求,倾向和依赖于法治框架下的公共集体协商,吸收社会各个领域的力量实现协同治理。实践中,需要利益相关的多方充分表达各自的利益诉求,将矛盾的化解建立在利益协调、平等协商、协同化解和自我消解基础上,通过民主的协商对话、讨论、辩论等方式,将多元主体的利益整合起来,让各方拥有平等话语权并理性表达自己的诉求,聆听和考虑其他利益主体的诉求。可见,协商民主的方式是畅通群众诉求表达、利益协调以及实现权益保障,从源头上维护社会和谐的重要途径,最终可实现社会自治机能的修复和矛盾纠纷的内部消融。在推广运用新时代“枫桥经验”的法治化实践中,政府法治部门可通过对基层民主协商的引导,搭建各类法治化协商平台,畅通法治化协商渠道,加强对协商的法治监督。法治部门只参与处理宏观或敏感的问题,并主动承担法治职责。

〔参考文献〕

- [1]习近平.高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告[J].奋斗,2022(20):4-28.
- [2][美]唐·布莱克.《社会学视野中的司法》[M].郭星华等译.北京:法律出版社,2002:95.
- [3]李林.推进新时代“枫桥经验”的法治化[J].法学杂志,2019(01):9-16+63.
- [4][奥]欧根·埃利希.《法社会学原理》[M].舒国滢译,北京:中国大百科全书出版社,2009:61.
- [5]侯建军.深入学习贯彻党的二十大精神 做好结合文章 推动新时代人民法院工作高质量发展[J].人民司法,2023(01):13-16.

[6] 习近平. 关于严格规范公正文明执法[A]. 习近平. 论坚持全面依法治国[C]. 北京: 中央文献出版社, 2020: 259 - 260.

[7] [美] 罗斯科·庞德. 通过法律的社会控制: 法律的任务[M]. 北京: 商务印书馆, 1984: 41.

[8] 项焱, 海静. “法庭之友”: 一种诉讼信息披露机制[J]. 法制与社会发展, 2017(02): 145 - 164.

[9] 肖新平. 德治基础上的法治: 中国的国家治理现代化之路[J]. 决策与信息, 2022(05): 48 - 56.

[10] 卢芳霞. 新时代基层社会矛盾的协同治理研究——基于对“枫桥经验”发源地 200 名综治办主任的问卷调查[J]. 社会治理, 2018(08): 34 - 40.

[11] 高健, 秦龙. 社会公平: 中国特色社会治理的核心

诉求[J]. 理论与改革, 2014(01): 68 - 71.

[12] 王勇. 《社会治理法治化研究》[M]. 北京: 中国法制出版社, 2019: 27.

[13] 邹吉忠. 《自由与秩序》[M]. 北京: 北京师范大学出版社, 2003: 199 - 200.

[14] 马进, 张发旺. 论法德结合的社会治理价值导向[J]. 甘肃社会科学, 2017(02): 53 - 57.

[15] 卢芳霞. 协商民主化解基层社会矛盾的功能与实现路径——基于浙江基层协商民主经验的研究[J]. 中共浙江省委党校学报, 2017(04): 46 - 52.

【责任编辑: 耿 浩】

Research on the rational practical dimension of rule of law for
“Fengqiao Experience” in the new era

Deng Xiaoming¹, Hao Mengsi²

(1. Political and Legal Affairs Committee of Liaoning Provincial Committee of the Communist
Party of China, Shenyang Liaoning 110003, China;
2. Shenyang Intermediate People's Court, Shenyang Liaoning 110034, China)

Abstract: In the process of promoting the rule of law in grassroots social governance by using the “Fengqiao Experience” in the new era, the application of the traditional thinking of “rule of man” to the thinking and methods of rule of law needs to be combined with the profound changes from the birth of the “Fengqiao Experience” to the current new situation and new tasks, and the constraints and differences between the theoretical basis of the “Fengqiao Experience” and the current rule of law functions need to be re-examined to avoid the rule of law means and methods completely replacing the constraints of morality, habits and customs. From the aspects of national norms, governance methods and behavioral norms, we should rationally and modestly understand the limitations of the rule of law methods and means; focus on social relations, social interests, social behavior, social contradictions, social justice and social harmony to study and solve current social contradictions and disputes; accurately locate the rule of law connection point where “Fengqiao Experience” in the new era and the thinking and methods of rule of law are effectively integrated to find out the rational boundaries and extension paths, in order to put forward reasonable suggestions for exploring and improving “Fengqiao Experience” in the new era that contains the rule of law gene.

Key words: “Fengqiao Experience” in the new era; rule of law; rational practice; dimensional construction

中国式现代化视域下《民法典》推进基层社会融合治理的理论进路探析

强晓捷

(中共永泰县委党校,福建 福州 350700)

〔摘要〕党的二十大提出以中国式现代化全面推进中华民族伟大复兴,为实现第二个百年奋斗目标指明了道路。与西方的现代化不同,中国式现代化具有其独有的特征,需要社会治理体系和治理能力现代化作为支撑。《中华人民共和国民法典》的颁布实施,开启了我国社会治理新时代。作为调整社会民事法律关系的专门性法律,民法典在民事法律体系和社会治理体系中居于基础性地位。《中华人民共和国民法典》通篇贯穿以人民为中心的发展思想,立法中吸收借鉴了基层社会治理的有益经验,体现了对人民权利的充分保障,具有强烈的融合治理特征,对于应对更加多元多样多变的基层社会矛盾具有其天然优势。充分发挥民法典在我国社会治理中的作用,更好推进国家治理体系和治理能力现代化,需要从民法典制度本身完善、外部法治环境提升、公众参与等多方面作出进一步努力。

〔关键词〕中国式现代化;民法典;“三治融合”;社会治理

〔基金项目〕本文系2020年福州市中国特色社会主义理论体系研究中心一般项目“融合治理视阈下民法典在基层社会治理的作用研究”(项目编号:2020C20)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕强晓捷(1987—),男,福建闽侯人,中共永泰县委党校讲师,主要从事民法学研究。

〔收稿日期〕2024-01-16

〔中图分类号〕G322;D923;D630 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)03-020-00

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)的实施,标志着我国正式进入民法典时代。《民法典》素有“社会生活百科全书”之称,原因在于其源自社会生活又服务于社会生活,以法律的形式直接或间接影响着人们衣食住行、生老病死等社会生活方方面面的问题,规范公民私权利的行使与救济,协调人与人之间、人与物之间的关系。每个人一生中或多或少都会和《民法典》发生关联。在基层社会治理中,《民法典》是最基本的法律。推进我国基层社会治理现代化,离不开《民法典》的引领。《民法典》是支撑我国社会治理的重要制度资源,是以法治方式推进国家治理体系和治理能力现代化的关键抓手^[1]。

一、中国式现代化对国家治理体系和治理能力现代化的要求

党的二十大提出以中国式现代化全面推进中华民族伟大复兴,为实现第二个百年奋斗目标指明了道路。从难度而言,推动占世界近五分之一人口的国家实现现代化是一项极其艰巨的工程,对推进世界现代化进程有重大意义;从过程来看,中国式现代化不走西方殖民、剥削、破坏生态环境的老路,无疑对自身建设提出了更为严格的要求,不以牺牲他人利益来追求自身发展,而是着力于推进全人类共同发展;从结果上看,我们追求的现代化是“硬件”和“软件”共同的现代化,不是简单依靠钢筋混凝土建成高楼林立的城市,也不是单纯依靠科技、工业、军事等硬实力来

建设“肉眼看得见”的现代化,而是在文化、教育、法治、文明、社会治理等软实力上下功夫,让人民既能享受到现代化的物质生活,又能享受到现代文明社会带来的人的全面而自由的发展。无论是实现物质现代化还是精神文明现代化,推进国家治理体系和治理能力现代化都是重要抓手。建设物质文明现代化,需要现代化的国家治理体系和治理能力提供良好秩序保障;建设精神文明现代化,同样需要现代化的国家治理体系和治理能力作为保障。治理体系和治理能力现代化本身是国家现代化的重要特征和要求。因此,推进中国式现代化,首先要推进国家治理体系和治理能力现代化;以中国式现代化推进中华民族伟大复兴,必须把推进国家治理体系和治理能力现代化作为抓手。中国式现代化在推进进程中,提出了更多新的要求,既要着眼于现代化实践面临的共同问题^[2],遵循现代化的一般规律,也要在现代化进程中牢牢把握“两个结合”,将世界发展趋势同民族特色辩证融合^[3],追求现代化的“中国式”特征。

(一) 坚持以人民为中心的社会治理理念

首先,中国式现代化始终围绕着人来推进。现代化成果的最终受益人必然是人民,对于社会治理而言,其核心也是围绕着人,以人民为中心是其价值根基^[4]。在推进中国式现代化进程中,坚持以人民为中心的社会治理理念,能够充分回应民意,从衣食住行、科教文卫等与人民群众日常生活工作息息相关的领域入手,解决人民最关心的社会问题,有效化解社会矛盾,实际上就是把实现人民对美好生活的向往放在社会治理最突出的位置^[5]。这就要求在基层社会治理过程中,不能仅仅追求社会稳定的治理效果,更要在此基础上追求人民对社会治理效果的满意度。

其次,中国式现代化是具有中国特色的现代化,是根植于中华文化的现代化,是中国人民群众自己缔造的现代化,必须依靠人民群众的广泛参与。对于社会治理而言,也是要发挥人民群众的主人翁作用,依靠人民群众广泛参与基层社会治理。老百姓更懂自己,也更懂管理自己。要发

挥基层群众自治组织、行业自律组织、民间团体等非官方治理力量的作用,协同官方治理力量,共同推进基层社会融合治理。

最后,中国式现代化的出发点是为了人民,实现过程依靠人民,取得的现代化成果必然也属于人民。对于社会治理而言,社会治理的成果最终由人民享有,社会治理效果的好坏也应由人民来评价。这就要求在基层社会治理过程中,基层政府要追求更高标准的治理实效,让人民群众有更高的幸福感和获得感,进而培育更高的参与基层社会治理积极性,从而形成良性互动,构建共建共治共享的“中国式”基层社会治理新格局。

(二) 坚持融合治理的社会治理模式

中国式现代化除了追求“硬件”现代化,同时也追求“软件”现代化。社会治理现代化是“软件”现代化的重要命题,也是国家治理现代化的重要方面。现代化社会治理变更了传统的由政府主导的单向社会管理模式,鼓励国家、社会、群众等多元力量共同参与社会治理,以实现由单向管理向多元治理的转变。现代融合治理要求从根本上转变政府职能,改变政府长期以来“家长式”社会管理角色,可以有效避免社会和群众过多依赖政府,把社会治理成败简单归因为政府能力高低。随着我国改革进入攻坚期和深水区,由征地拆迁、环境保护、食品药品安全、社会治安、执法司法等关系人民群众切身利益问题引发的社会矛盾纠纷明显增多,虽然各级政府投入大量人力物力抓稳定,但随着经济社会发展,各方利益诉求更加多元多变,各种不稳定因素也更加复杂,加之受国内外政治经济环境影响,传统单纯依靠政府的社会管理模式很难高效治理好现代社会,多元共治成为适应现代社会发展的必然选择。

社会治理解决的是国家治理体系中最基础最核心的社会问题,重点调整人与人之间的关系,直接关系到广大人民群众切身利益。经济社会的进步给人以更多的发展自由,但无论人类如何自由发展,都离不开其所处的社会,必须共同面对社会存在的公共问题,由此形成了利益共同

体。解决这些公共性社会问题,要避免单纯依靠政府,避免群众不合作甚至抵触,让群众主动参与共建,合作参与共治,共享治理成果^[6]。在中国式现代化进程中,同样会面临这些社会问题。在国家现代化进程中,没有人能脱离社会而实现个人的现代化。

在国家现代化进程中,人民群众应当怎样参与共建共治共享,共同推动社会有效治理,更好维护自己切身利益;在人口规模巨大的发展中国家实现现代化,应当怎样更好发挥人的作用,是我国现代化进程所面临的重大难题。自治、法治、德治“三治融合”为其找到一个很好的突破口。首先,要调动这一巨大的人口规模主动参与基层社会治理,加强自我管理,即自治。这就需要根据人口的聚集、利益等因素划分治理单元。人口的聚集形成社区,在长期社会交往中会形成社区利益共同体,为了维护共同利益,高效应对共同面临的问题,社区居民会让渡部分私权利汇集成公共权力,由基层治理组织统一行使,即现实社会中以基层自治制度为基础建立起来的村(居)民委员会等基层群众自治组织^[7]。这是基层民主的重要实现形式。法治是维护基层民主的制度基石,强调规则的基础性作用。法治规则主要由国家制定,但国家制定规则不是闭门造车,大多数规则都是对社会治理实践中形成的被公众普遍接受和遵守的经验的总结,以法律形式上升为国家意志。法律是最低限度的道德,这些规则当然地吸收了道德要求,是维护社会稳定的最低道德标准。德治强调依靠个人私德和社会公德塑造公序良俗^[8],为自治和法治提供了良好的社会基础和有益补充,这一点恰恰把中国式现代化社会治理体系的“中国式”突出出来,是中华民族几千年优秀传统文化的结晶,凝聚着中华民族的精神密码。因此,中国式的社会治理模式蕴含着一定感性色彩,而非单纯的理性经验。“三治融合”正好是适应这种社会形态的治理模式,能够在中国式现代化治理体系中发挥重要作用,实现社会有效治理。

二、《民法典》是现代国家治理体系和治理能力的集中体现

《民法典》以“民”为名,为“民”立法,整部《民法典》都体现和贯彻着“以人民为中心”的理念。在立法过程中,《民法典》始终坚持把社会主义核心价值观作为其核心精神,并与我国法治实践相结合,充分吸收了中华优秀传统文化的营养。《民法典》关注民生、符合民心、顺应民意,回应了新时代人民对美好生活的向往。对于推进社会治理现代化而言,《民法典》的颁布实施具有很高的法治价值和社会价值,对推进社会治理现代化具有重大意义,是现代国家治理体系和治理能力的集中体现。

(一)《民法典》的特征符合现代社会治理理念

《民法典》作为现代化社会治理的基础性法律,通过各种民事规则的确立,集中展现了现代国家治理体系和治理能力。《民法典》的最大特征是离不开人民,立法为了人民,立法依靠人民,民事法律更是与人民日常工作生活息息相关,与为了人民、依靠人民、治理成果由人民共同享有的现代社会治理理念相一致。

1. “以人民为中心”是《民法典》核心价值

从《民法典》文本上看,全文共7编1260条,“以人民为中心”的思想体现在每个条文字里行间,把对人民权利的充分保障以法典的形式确立,无愧于“新时代人民权利的宣言书”美誉。无论从“总则编”确立的民事行为平等、自愿、公平、诚信、环保等基本原则,还是到分则各编对物权、债权、婚姻家庭、侵权责任等社会生活基本民事行为规则的确立,始终贯穿着这一核心思想。特别是将对人身权利的保护置于财产权利之前,更是重新定义了人的价值。还有专门针对妇女、儿童、老年等弱势群体的权利保护设计的制度规范,如防止性骚扰相关制度、儿童民事行为能力责任年龄的重新划分以及与老年人权益保护密切相关的监护制度、遗嘱制度、居住权制度等,都是《民法典》根据经济社会发展变迁和我国法治

实践,紧扣当代核心价值,吸收优秀传统文化做出的具体制度安排,以回应人民群众对于弱势群体、老龄化社会等问题的关切,是“以人民为中心”特征的具体体现。这些制度都建构在我国社会主义制度基础上,体现了我们的独特制度优势。

2. 民间治理规则是《民法典》重要渊源

平等主体间的人身关系和财产关系是《民法典》所调整的法律关系^①,人身关系和财产关系是民事主体最主要的私权利,《民法典》是调整私权利的专门性法律。在私法领域,民间规则一直是民事法律的重要渊源。从科学立法角度看,法律从来不是被立法者闭门造车编造出来的,而是源于立法者运用法律科学和立法技术对人民大众日常交往社会经验规则的总结,最终以法律的形式将民间规则上升为社会共同体的集体意志和国家意志。这一点在民事立法领域表现尤为突出。许多制度背后都有一套行之有效的民间规则,如《民法典》确立的新生儿姓氏制度原则要求只能随父姓或母姓,代位继承制度扩大到旁系血亲,让被继承人遗产尽可能被近亲属继承,这些规定都符合我国传统家族观念;《民法典》还直接规定了家庭美德的内容;遗嘱制度让更多形式的遗嘱被法律认可,与现实面临的老龄化社会问题相呼应,更加方便老年人依法订立遗嘱,以满足家族财产的传承需要;对英烈名誉的保护、对见义勇为行为的保护等社会基本公德保护,也被纳入《民法典》的调整范畴。这些制度本身就包括一些民族美德和社会基本伦理道德。民间自有一套道德规则在运转,只是通过制定《民法典》这个形式将其上升为法律,成为“最低限度的道德”。从这个角度而言,民间规则和国家立法有千丝万缕的联系。此外,《民法典》第10条以立法的形式,明确了民间习惯规则在社会治理中的法律地位,即在无法直接援引法律规则、法律原则的前提下,可以适用习惯^②。这不仅为基层社会化解矛盾纠纷提供了更加多元化的路径,也体

现了《民法典》天然蕴含着融合治理的基本要素。法治确立的规则,能够很好地同自治和德治的规则相互兼容。

3. 与公众日常生活息息相关

与行政法律和刑事法律这些公法相比,《民法典》的一大特征就是与公众日常生活息息相关,是公众日常使用频率最高的法律。从《民法典》的文本结构看,《民法典》共7编^③,其规范的内容都是对公民人格权、物权、债权、婚姻家庭等作为社会个体基本权益的保障,是调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间人身关系和财产关系必不可少的基础性法律。人们日常生活的每一天都会与《民法典》发生联系,从生活起居到衣食住行,生活物资、生活服务的获取与费用支付都在《民法典》“合同编”中有相应规范;人无论以哪种家庭身份生活,作为社会成员都会与身边的人产生权利义务关系,与《民法典》发生各种联系。即使没有直接应用《民法典》,人的日常行为也会不自觉地受到《民法典》的约束,甚至这些规范已经融为生活的一部分。正是因为有《民法典》为主的民事法律规范公众日常民事行为,才有力推进了社会秩序的和谐建构。最终,《民法典》规定的法律规范与社会道德规范一样,自觉成为社会公众心中应当遵守的规范。

(二)《民法典》的社会治理价值满足现代社会治理要求

《民法典》强调制度在社会治理中的基础性作用,重视社会治理的法治化实践,积极推进社会治理现代化,具有很高的社会治理价值,能够满足现代社会治理要求,是现代国家治理体系和治理能力的集中体现。

1. 《民法典》是社会治理体系的基础法律

社会治理需要规则。法律已成为当今世界最重要的治理规则,现代化国家都在通过建构有效的法治体系推进社会治理。从规范国家基本

①《中华人民共和国民法典》第2条规定:“民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系”。
②《中华人民共和国民法典》第10条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗”。
③《中华人民共和国民法典》共7编,依次为“总则”“物权”“合同”“人格权”“婚姻家庭”“继承”和“侵权责任”。

架构、组织形式的根本法宪法,到惩治犯罪、维护社会治安的刑法,再到规范政府行为的行政法,规范国家经济秩序和市场经济行为的经济法以及调整平等主体间私权利利益的民法,法律在社会治理的各个领域都发挥着重要的规范化治理作用。在社会治理过程中,人作为社会的基本细胞,调整好个人与他人的权利义务关系,调整好人与物的关系,如物的归属、物如何在人与人之间流转等,不仅是当事者个人关心的问题,也构成了社会秩序的基础。这无疑是实现社会有效治理最基础、最关键的因素。《民法典》开宗明义指出,其作为调整人与人、人与物之间关系的专门性法律,理应在社会治理中发挥基础性作用。民事行为是最常见的法律行为,是社会经济发展过程中每个人都无法回避的行为规范,是社会运转最基本的活动。推进基层社会治理,自然而然应当把规范民事法律行为、调整民事法律关系作为最重要、最基础的内容之一。

2.《民法典》是社会治理法治化的生动实践

法治是国家治理体系和治理能力的重要依托,以法治为基石推进社会治理,有利于发挥法治固根本、稳预期、利长远的作用,让社会治理更加规范有效。法治的基础在于立法,只有科学的立法才能为执法、司法、守法等法治全过程打下坚实的制度基础。对于基层社会治理而言,《民法典》的颁布,使解决基层矛盾纠纷有了重要制度保障和法律依据,有利于定分止争,有效化解基层矛盾;同时,《民法典》以意思自治为原则,强调民事主体在民事法律关系中的主体地位,以法律的形式保障民事主体在私权利领域充分自治;以法律的形式确立了经过实践检验、在民间长期运转有效的治理规则,使自治和德治在法治保护下更加规范化,形成基层社会自治、法治、德治“三治融合”的治理新局面。以法典的形式确立社会基本民事规则,是推进基层社会治理法治化的生动实践,在法治轨道上有力推动了基层社会治理现代化。

3.《民法典》是社会治理现代化的重要体现

社会治理现代化体现在治理体系和治理能

力现代化两个重要方面。

首先,《民法典》的颁布进一步完善了作为社会治理法治基础的民事法律制度,在治理体系上大大推进了社会治理现代化。无论是调整市场交易规则的核心制度——物权制度和合同制度,调整人身关系的核心制度——婚姻家庭及继承制度,还是关注人的全面发展,对个人权益充分保护的人格权制度和侵权责任制度,都从制度体系上构筑起对现代社会治理体系核心要素“人身关系”和“财产关系”的调整和保护,完善了社会治理体系的法治基础,体现了社会治理体系的现代化方向。

其次,颁布《民法典》本身所传递的理念,就是现代化的重要体现,反映了国家治理能力的提升。在立法全过程中坚持社会主义核心价值观体系,坚持以人民为中心,坚持以法治为导向,把制定《民法典》同中国法治实践和优秀传统文化相结合。这些理念在“人格权”单独成编、人身关系置于财产关系之前等制度安排中得以充分展现,足以体现国家在法治建设进程中,对人的价值有了飞跃性的新认识;新增的“节约资源与保护生态环境原则”,充分展现了中国人爱护生态环境的传统美德;监护制度和遗嘱制度的修订,居住权的新设,从人身关系和财产关系两方面全方位加强对老年人的关爱,积极应对我国老龄化社会进程。这些治理理念都反映出国家治理能力的现代化进程,为适应经济社会发展、解决基层矛盾纠纷提供了最为有效的治理手段。

三、《民法典》在基层社会融合治理中的作用机理

“法律是最低限度的道德”。从文本上看,《民法典》制定的很多制度都是对道德经验的总结,是守护中华民族集体道德的共识,是传统美德的法律底线,具有鲜明的民族特色与价值导向,有助于在社会治理中弘扬真善美的价值理念。见义勇为免责制度、英烈人格权保护制度以及对老年人、妇女、儿童等特殊群体权益的特别保护,都体现了中华民族尊老爱幼、崇尚社会正

气、提倡互帮互助的传统美德。完善的民事法律制度为基层自治提供了强有力的制度保障,构建自治、法治、德治融合治理,公民、国家、社会共治共享的基层社会治理新模式已经成为整个社会的共识。

(一)《民法典》是推进融合治理的制度基础

在基层社会治理中,法治一直发挥着核心与基础作用。以自治、法治、德治“三治融合”推进基层社会治理,应坚持以法治为基础。《民法典》作为调整民事法律关系最重要的法律,需要解决的是与人民群众切身利益直接相关的基层社会问题,自然担负起为推进社会融合治理提供国家制度保障的责任。

这个理念,一方面体现在《民法典》直接对民事主体人格权、物权等人身权利和财产权利的保护,以及对救济相关权益的人格权请求权、债权请求权等制度的完善,对政府参加民事权利救济的规范。如《民法典》第1254条第3款规定,在高空抛物责任认定中,公安机关应当依法及时调查,查清责任人。实践中,公安机关采取技术侦查手段,能够迅速锁定侵权责任人,避免其他住户因无法查找侵权责任人而被迫承担责任,有效化解了解决问题过程中引发新矛盾的实践难题。

另一方面,该理念体现在《民法典》通过构建一系列制度规范,加强对公众行使自治权和发挥德治作用的法制保障。这主要体现在两个方面:

一是《民法典》以意思自治为基本原则之一,为公民在私权利领域发挥自治作用提供了法律保障。意思自治是民事法律行为的核心精神和主要调整手段,是实现民事主体人格独立与权利保护的主要方式。《民法典》鼓励民事主体通过意思自治形成合意,即通常所说的“法无禁止即自由”,以最低社会成本完成交易,定分止争,实现社会有效治理。但这种意思自治并非无限自由,必须受到法律约束,否则会造成权利的滥用。约束当事人行为最重要的法律就是《民法典》^[9]。二是《民法典》立法过程吸收了道德、行业自律规范等民间自有内在规则,促进了德治与法治的融合。《民法典》立法过程中,将社会主义核心价值观

观作为立法坚持的核心思想,全面融入各个具体条文中,公平、平等、诚信等原则,都通过立法深刻阐释了“法律是最低限度的道德”这一理念,将几千年中华文明发展而来的被公众普遍接受的共同道德要求,以制定《民法典》的形式上升为国家法律的要求。这对于培育和践行社会主义核心价值观,维护社会道德底线,增强公民法治意识与道德意识,推进基层社会治理法治化、规范化、现代化都具有重要意义,是基层社会有效治理的制度保障。

(二)《民法典》是实现融合治理的有效载体

《民法典》作为调整平等主体间民事法律关系的专门性法律,在国家治理体系中最重要任务就是调整民事主体间的人身关系和财产关系,促进市场公平交易,有效解决民事纠纷,保护民事主体合法权益,推进基层社会治理现代化,实现公民权利保障法治化和规范化^[10]。在日渐多元、多样、多变的现代社会矛盾中,单纯依靠法律解决矛盾纠纷,很难避免法律滞后性等弊端,影响对现代社会的高效治理。在现代社会治理中,多元化纠纷解决机制一直扮演着重要角色。意思自治和道德规范在民事纠纷解决过程中发挥的重要作用,已经为实践所检验。我国农村地区的乡规民约,行业组织的自律规范,老人会、宗亲会、宗祠庙宇理事会等民间组织,都在一定范围内通过意思自治和道德规范等形式参与当地社区的社会治理,与法治共同构成了基层社会融合治理的新模式。

要充分发挥融合治理优势,必须具备能够整合不同治理力量相互优势的有效载体。《民法典》以其自身特点成为融合治理的最佳载体。一方面,《民法典》以意思自治为基本原则,强调民事主体的自主权参与权,在很多制度设计中允许“当事人另有约定”,给予当事人充分意思自治,以最接近当事人双方都满意的方式解决所面临的问题,实现个人利益和社会效益的最大化;另一方面,《民法典》吸收了中华民族大量传统美德,如矜老恤幼,在意定监护、遗嘱方式、居住权等制度设计时充分考虑了老龄化社会老年人的

需求;在继承、抚养、校园侵权责任、儿童民事行为能力年龄划分等制度设计时,充分考虑对儿童的特别保护;同时,把社会主义核心价值观作为《民法典》核心精神谱系,如平等、自愿、诚实信用等民法基本原则,本身就是中华民族的传统美德,与时代精神相结合,成为社会主义核心价值观体系的重要内容。《民法典》以立法形式将其确立为民事行为基本原则,让传统美德变成需要公民共同遵守的最低限度的道德要求,成为法治化的治理规则。无论是强调意思自治,还是充分吸收中华民族传统美德,都充分体现了《民法典》是融合治理的最佳载体,能够兼容自治和德治。通过《民法典》,能够实现融合治理的法治化、规范化、现代化。

四、有效发挥《民法典》在推进基层社会治理现代化中的路径能效

党的二十大提出,要以中国式现代化实现中华民族伟大复兴,并对中国式现代化进行解读,明确指出中国式现代化不单单是物质文明的现代化,还必须追求精神文明的现代化。也即要求不仅要在硬件方面达到现代化标准,在国家软实力方面也要实现现代化。社会治理体系和治理能力是国家软实力最集中的体现,因此要大力推进国家治理体系和治理能力现代化。在构筑现代化国家治理体系和提升国家治理能力过程中,民事法律关系的调整和规范是其中最重要的一环。作为调整民事法律关系的基础性法律,《民法典》蕴含的意思自治、平等、绿色等原则,有助于推进基层社会融合治理。要切实发挥《民法典》在基层社会融合治理中的作用,推动基层社会治理现代化,实现基层社会的高效治理,需要从以下几个方面努力。

(一)以习近平法治思想为指导,不断优化法治环境

《民法典》是习近平法治思想的生动实践和重要载体^[11],是沿着法治轨道推进国家治理体系与治理能力现代化的关键一环,进一步完善了中国特色社会主义法治体系,完成了新中国成立以

来几代人的“民法典梦”。在法治实践中,《民法典》是“人民权利宣言书”,与每一位公民切身利益紧密相连;是“社会生活百科全书”,与每一位公民的日常生活息息相关,备受公众关注。对于法治社会建设而言,《民法典》不仅是一部法律,更是普法的活教材,是提升全民法治观念的重要抓手。《民法典》的制定、颁布和实施过程,本身就是一次重要的全民普法过程,有利于全民法治意识的提升。但《民法典》的实施效果如何,能否真正助力基层社会融合治理,关键要看社会的法治环境和法治土壤。没有好的法治环境和法治土壤,《民法典》不过是白纸黑字的文本制度。要让《民法典》成为公民心中的法律,必须坚持以习近平法治思想指导《民法典》制定、实施和普及,坚持以人民为中心,贯彻“民法典为民”的思想,营造良好的法治环境,让《民法典》在每个公民心中生根发芽、开花结果的法治土壤,让遵守《民法典》成为公众的自觉行动,进而以《民法典》为突破口,促进全民法治观念的提升。

(二)总结社会融合治理经验,推进《民法典》的完善

中国特色社会主义治理体系没有现成经验可以直接借鉴,仍然需要继续“摸着石头过河”,在推进基层社会治理现代化过程中亦是如此。一是从《民法典》制度文本本身来看,仍需要继续完善。从新中国成立之初的初次尝试,到改革开放勇于探索,再到十八大以后全力以赴,我国编纂《民法典》经历了曲折的过程;同样,《民法典》的编纂并非一劳永逸,民事单行法律也非简单以加法汇编到《民法典》中。各项制度在编纂进入《民法典》过程中,都进行了修订完善。《民法典》在运行过程中,需要根据社会经济的发展适时调整相关法律规范,及时回应广大人民群众对美好生活的向往。要适时颁布配套的司法解释,让《民法典》能够被更加准确地适用,对公民民事权利保护得更加完善。二是要继续推进基层社会治理法治化规范化,在基层社会融合治理实践过程中,及时总结自治与德治的有益经验和成果,以法律形式将其上升为国家意志。要通过不断

完善《民法典》的内容规范,以法治化推进基层社会治理现代化,夯实基层社会融合治理的制度基础,充分发挥融合治理在推动基层社会治理现代化进程中的重要作用。

(三)切实实施《民法典》,维护法律权威

“法律的生命在于实施,法律的权威也在于实施”。这是一句再熟悉不过的法律谚语,强调了法律实施的重要性。实施是法治全过程中的关键一环。《民法典》为基层社会治理“三治融合”提供了重要的法律支撑^[12]。在推进基层社会融合治理进程中,不能抛开法治谈自治或德治。法治是自治和德治的基础和保障,没有法治的保护,自治和德治将失去施行的基础。因此,要首先保障法律得以严格正确实施,以维护法律的生命与权威。如果由国家强制力保障实施的《民法典》都不能被遵守,那么仅仅依靠道德规范或自治共同体意志来要求公众遵守的治理规则更难被普遍遵守,自然无法有效发挥治理作用。让《民法典》从“文本上的法”成为百姓心中的法,必须要严格准确地实施《民法典》,树立法律权威,让《民法典》成为公众心中的法典。在具体实施过程中,国家机关及其工作人员要带头学习《民法典》,遵守民事法律规则和基本原则,协调好公法与私法在基层社会治理中的关系,避免滥用公权力干预私权利。此外,《民法典》作为专门调整私权利利益的法律,执行的好坏关系到纠纷能否有效解决,交易能否公平进行,能否真正定分止争、维护正义,促进社会和谐稳定,实现社会高效治理。用更好实施《民法典》来推进公众树立法治理念,可以为推进基层社会治理现代化打下坚实的法治基础。

(四)调动全民参与社会治理,推进“三治融合”

基层社会治理要依靠基层普普通通的每一位公民参与,要发挥《民法典》在基层社会融合治理中的基础性作用,通过《民法典》完善相关制度设计,通过法治保障调动每一个公民参与社会治理的主动性和积极性,发挥守法环节在法治运行全过程中的重要作用。要充分借助长期“五年普

法”积累的法治成果,加大《民法典》的宣传普及,将《民法典》普及教育纳入干部培训、国民教育中,逐步提升全民法治思维水平,让《民法典》成为公众参与社会治理的重要制度保障。要加强对公民私权利利益的保护,维护公民合法权益,让公民在学法尊法守法尚法中有获得感、满足感和安全感,激发公民参与基层社会治理的主人翁意识,真正发挥人在基层社会融合治理中的关键作用。要充分挖掘基层社会内在自有的村规民约、家风家训、传统道德等民间规则的作用,做到《民法典》来自人民、人民熟悉、人民接受,全面贯彻落实“以人民为中心”的新发展理念,让《民法典》成为人民心中的民法典,实现基层社会治理“三治融合”的现代化治理模式,让全民共享社会治理成果。

结 语

《民法典》的颁布实施,标志着我国社会治理进入新阶段,有力推动了基层社会治理规范化法治化,为实现国家治理体系与治理能力现代化打下了坚实基础。对于基层社会治理而言,《民法典》源于“民”的特点,合理吸收了自治与德治的优点,结合自身法治刚性的特征,使其成为基层融合治理的有效载体。要善于把这些优势充分发挥出来,从法治环境的营造、法律文本的完善、法律制度的构建、公众的参与等多个角度,进一步发挥《民法典》在推动基层社会治理现代化中的作用,实现社会有效治理。这既是中国式现代化的应然表现,也是推进中国式现代化的重要保障。

〔参考文献〕

[1]周小毛. 民法典的社会治理价值[N]. 经济日报, 2020-07-29(010).

[2]赵培. 从理论、历史与实践的统一把握中国式现代化的重要原则[J/OL]. 特区 实践与理论, <https://doi.org/10.19861/j.cnki.tqsjyl.20230913.008>.

[3]马健永. 中国式现代化道路的三重意涵:演进逻辑·时代价值·实践理路[J]. 哈尔滨工业大学学报(社会科学版), 2023(05):1-9.

[4] 张文显. 新时代中国社会治理的理论、制度和实践创新[J]. 法商研究, 2020(02): 3-17.

[5] 郭晔. 论中国式社会治理现代化[J]. 治理研究, 2022(03): 89-100+127-128.

[6] 夏锦文. 共建共治共享的社会治理格局——理论构建与实践探索[J]. 江苏社会科学, 2018(03): 52-62.

[7] 郁建兴, 任杰. 中国基层社会治理中的自治、法治与德治[J]. 学术月刊, 2018(12): 64-74.

[8] 张文显. “三治融合”之理[J]. 治理研究, 2020(06): 5-8+2.

[9] 周林彬, 王睿. 《民法典》的中国之问与解决方案[J]. 地方立法研究, 2021(02): 1-11.

[10] 张顺昌. 民法典开启社会治理法治化新时代[N]. 贵州日报, 2020-06-03(008).

[11] 黄和新. 以民法典指引基层社会治理[N]. 检察日报, 2021-03-15(003).

[12] 张鸣起, 李仕春. 民法典是我国社会治理现代化的重要依托[J]. 社会治理, 2020(07): 5-10.

【责任编辑: 张 虹】

Analysis of the theoretical approach for the Civil Code to promote integrated governance of grassroots society under the perspective of Chinese-style modernization

Qiang Xiaojie

(Yongtai County Party School of the Communist Party of China, Fuzhou Fujian 350700, China)

Abstract: The 20th CPC National Congress proposed to comprehensively promote the great rejuvenation of the Chinese nation with Chinese-style modernization, and pointed out the way to achieve the second centenary goal. Different from Western modernization, Chinese-style modernization has its own unique characteristics and needs to be supported by the modernization of the social governance system and governance capacity. The promulgation and implementation of the Civil Code of the People’s Republic of China has ushered in a new era of social governance in China. As a specialized law for adjusting social civil legal relations, the Civil Code occupies a fundamental position in the civil law system and social governance system. The Civil Code of the People’s Republic of China runs through the people-centered thought, absorbs and draws on the beneficial experience of grassroots social governance in the legislation, reflects the full protection of people’s rights, has a strong integrated governance feature and has its natural advantages in dealing with more diverse and changeable grassroots social contradictions. To give full play to the role of the Civil Code in China’s social governance and better promote the modernization of the national governance system and governance capacity, it is necessary to make further efforts in many aspects such as improving the Civil Code system itself, improving the external legal environment and public participation.

Key words: Chinese-style modernization; Civil Code; “ integration of three-governance”; social governance

【公安理论与实务研究】

复合式刷单诈骗犯罪高发成因分析及对策研究

李世龙, 马忠红

(中国人民公安大学, 北京 100038)

〔摘要〕 在全民反诈背景下, 由于形式多样、变化较快, 复合式刷单诈骗仍然是最高发的电信网络诈骗行为。犯罪分子深谙心理控制机制, 依托黑灰产业技术的高速发展, 对受害人精准实施诈骗。打击复合式刷单诈骗, 需要构建全链条心理干涉和阻断机制, 打造黑灰产业生态和技术规范化监管体系; 同时, 依托人工智能和新技术, 形成防范处置电信诈骗智能化大数据模型, 构建打击复合式刷单诈骗犯罪的有效机制。

〔关键词〕 复合式刷单诈骗; 电信网络诈骗; 心理控制; 规范化监管

〔作者简介〕 李世龙(2000—), 男, 河南平顶山人, 中国人民公安大学侦查学院 2023 级侦查学硕士研究生, 主要从事侦查学研究; 马忠红(1968—), 女, 江苏常州人, 中国人民公安大学侦查学院教授、博士研究生导师, 主要从事侦查学研究。

〔收稿日期〕 2024-03-06

〔中图分类号〕 D924.3 〔文献标识码〕 A 〔文章编号〕 1009-1416(2024)03-029-09

中国互联网络信息中心发布的第 52 次《中国互联网络发展状况统计报告》显示, 截至 2023 年 6 月, 我国网民规模已达 10.79 亿人, 较 2022 年 12 月增长 1109 万人, 互联网普及率达 76.4%。互联网的高速发展和广泛普及, 在促进社会经济发展、给人民群众生产生活带来便利的同时, 也成为新型犯罪滋生蔓延的媒介。近年来, 依托互联网和电信技术的电信网络诈骗犯罪已成为严重破坏社会治安秩序、威胁人民群众财产安全, 广大群众深恶痛绝的新型网络犯罪。公安机关认真贯彻落实习近平总书记关于打击治理电信网络诈骗犯罪工作的重要指示精神, 落实中共中央办公厅、国务院办公厅《关于加强打击治理电信网络诈骗违法犯罪工作的意见》部署要求, 按照“四专两合力”总体工作思路, 有效遏制了电信网络诈骗案件快速上升势头, 有力保护了人民群众合法权益, 打击治理电信网络新型违法犯罪成效明显。2022 年, 全国各级公安机关共侦破电信网络诈骗案件 46.4 万起, 缉捕犯罪集团头目和骨干分子 351 名。

全民反诈的宣传热潮让人民群众初步形成了反诈意识, 传统的电信诈骗形式已经被公众所熟知。近年来, 传统刷单诈骗与其他类型的电信网络诈骗手段相结合, 快速升级发展, 形成了“局中局”“骗中骗”, 即复合式刷单诈骗。这一新型刷单诈骗方式以其引流成功率高、形式多样、话术灵活等特点, 已逐步演变成为当前变种最多、变化最快的诈骗类型, 并与其他电信网络诈骗手法相互“融合”, 让人防不胜防, 在电信诈骗犯罪中占比最大。打击复合式刷单诈骗的难点在于它不再限于让被害人在电商平台下单刷销量或者下载刷单 APP 进行支付, 而是包装成一个个“数字任务”和“数字货币促单任务”, 用不断变换的骗局让被害人深陷泥潭。因此, 有必要加强对此类诈骗形成机制的研究, 制定切实有效的应对策略, 提高社会公众对此类诈骗作案手段的感知能力, 提升被害人对作案人所使用的话术剧本和心理控制的洞悉能力, 从而自觉抵制复合式刷单诈骗的利益诱惑, 规避连环“圈套”, 防范和减少此类犯罪发生, 实现源头治理、有效打击。

一、复合式刷单诈骗犯罪实施过程分析

“天下熙熙,皆为利来;天下攘攘,皆为利往”。刷单行为是一种基于追求利益而产生的违法行为。目前的刷单早已不是传统的网络购物平台商家为提升自身商业竞争力,雇佣刷单手刷单以获得销量和好评等虚假数据,获取经济收益的行为,而是逐渐演变成为一种电信网络诈骗的引流噱头。复合式刷单诈骗正是基于网络刷单诈骗而衍生的。所谓网络刷单诈骗,有学者认为是犯罪嫌疑人为获取非法利益为目的,在网络平台中通过机械性重复虚构交易订单,设置刷单骗局,使被害人陷入正常交易的错误认识,最后利用预先垫资、事后交易的方式诈骗被害人垫资款的行为。通过案例分析与总结,可以认为复合式刷单诈骗是指犯罪嫌疑人为获取非法利益,借助互联网发布各种引流信息,驱动被害人追求内心私欲;同时,结合当下社会热点,依托各种新技术衍生多种新话术诈骗被害人,使其产生错误认知,从而刷单垫付资金的行为。复合式刷单诈骗结合各种新技术、新业态,成为更具迷惑性、隐蔽性、社会危害性的电信网络诈骗犯罪新形式。随着互联网和科学技术的高速发展,涌现出一些高发的复合式网络刷单诈骗犯罪形式,包括但不限于“刷单+网络赌博”“刷单+色情”“刷单+跑分”“刷单+招聘”“刷单+免费福利”“刷单+网络传销”“刷单+非法集资”“刷单+慈善”“刷单+VIP会员”等。尽管复合式刷单诈骗的形式花样繁多,但诈骗手段的内核机制稳定,都是通过各种引流信息,驱使被害人放大内心欲望,利用刷单诈骗手段使被害人陷入骗局,从而主动垫付资金,最后惨遭收割。复合式刷单诈骗的过程可以概括为以下四个阶段:

(一)“刷单”引流阶段

在复合式刷单诈骗的最初阶段,犯罪分子通过多种媒介发布引流广告,包括使用网站弹窗提示、电子邮件、短信、电商平台以及社交媒体私信,甚至短视频等方式。这些广告的内容往往打着“足不出户”“时间自由”“日结百元”“一单一

结”“多做多得”等口号,或者抛出“同城美女约会”“低价招嫖”“投注必赢”“免费领礼品”等诱人条件。这些诱惑通常会使被害人心生好奇,主动点击链接,添加咨询客服了解更多情况。在欲望驱使下,被害人为进一步了解详细信息,被引导加入相关群聊,在群主、管理员的指示下,开始执行所谓的“新手任务”,成为刷单的执行者。这些群聊通常由作案人或者专门的引流团队控制,被害人在这种虚拟社交媒体中,按照指示执行各种任务,即刷单活动,成为刷单的参与者。在这一过程中,被害人由于受话术误导和言语欺骗,不知不觉成为复合式刷单诈骗骗局中的主人公,但并没有觉察到自己已然进入犯罪分子精心谋划的骗局。

(二)“小额返利”阶段

一旦被害人加入群聊,通常会有所谓的“客服”发布针对新手的入群福利。这些福利包括执行一些简单任务,如点赞、关注、刷单,并且一般需要被害人垫付少量资金,承诺可获得高额返利。在公安部刑侦局发布的一起典型案例中,被害人就是在微信群中注意到有人发布关于刷单返利的信息,出于利益驱动和好奇点击了链接,下载并进入一个名为“微聊”的APP。在这个APP中,有专门的导师讲解刷单返现的流程,要求被害人选择一定的刷单金额,然后观看一定时间的广告以赚取佣金。被害人学习教程后,在一些简单任务的引导下,连续进行了一笔500元和一笔1000元的订单,作案人也“信守承诺”及时返还本金并支付了约定的佣金。作案人施展这些小恩小惠的返利手段,目的是获取被害人的初步信任。在这番操作下,被害人往往因为得到了确实的回报而对作案人产生信任,从而在后续阶段更易受到欺骗。上述手段常被用于掩盖刷单行为背后的诈骗本质,让被害人对所遭遇的诈骗缺乏警觉。

(三)“垫资充值”阶段

在“小额返利”阶段,一旦被害人尝到甜头,往往会对作案人产生初步信任。作案人会通过话术逐步加强其信任。更深层次的信任建立后,

被害人会根据作案人的指示主动下载相关 APP, 或者在作案人发布的网站上执行更高级的任务, 这些任务承诺着更高的返利金额或回报。常常出现的情况是, 被害人一旦开始执行高级任务或第一次垫付资金后, 并不能及时收到承诺的高额返利或回报。作案人会以各种借口或理由解释返利或回报延迟的原因, 通常会提示被害人需要再次垫付或充值, 承诺会连同之前的本金一起返还。在这种劝说下, 被害人往往会追加投入, 持续不断地增加垫付的资金, 希望能够最终取回之前投入的高额本金。在这个过程中, 出于对作案人的信任以及对高额回报的渴望, 被害人逐渐陷入越来越深的困境, 连环垫付行为会导致其损失不断扩大, 最终沦为复合式刷单诈骗案件的被害人。

(四)“收割加害”阶段

随着被害人不断增加垫付的资金, 作案人开始以各种话术编造所谓的门槛或借口, 这些借口包括操作失误、卡单、任务未完成、账户异常等, 旨在给被害人施加巨大的心理压力, 让其相信只有继续充钱才能够收回之前投入的资金。这种反复的压力和威胁往往让被害人感到绝望。更有甚者, 作案人会诱导被害人贷款垫资, 这个时候作案人已经成为被害人唯一的“正确指引”, 被害人往往对作案人说的话深信不疑, 认为只有他们才能拯救自己。当作案人施展各种话术后, 发现被害人的资金投入无法持续增加的时候, 就会突然拉黑被害人并消失不见, 以此完成对被害人的彻底“收割”, 给被害人造成巨大的经济损失和心理伤害。

二、复合式刷单诈骗犯罪高发成因机制分析

复合式刷单诈骗严重危害人民群众的财产安全, 给被害人造成精神和心理上的双重伤害。作案人究竟如何行骗、为什么能屡屡得手, 被害人为何会如此相信作案人, 解析案例可以发现, 复合式刷单诈骗高发且屡屡得手的主要原因在于两方面: 一是作案人对被害人高超的心理控制机制; 二是高速发展成熟的互联网络黑灰生态产

业以及网络通信技术支持。

(一)心理控制机制

“上兵伐谋, 攻心为上”, 控制他人行为的核心在于控制其心理和思维。复合式刷单诈骗虽然手法多变, 但其中包含了一个不变的本质, 即各种形式诈骗手段背后暗藏的操纵被害人心理的机制。无论是哪种形式的复合式刷单诈骗, 其本质都是作案人围绕着被害人急于获取利益的心理, 根据不同被害人的特点定制不同的话术和剧本, 创造不同的虚假情境, 营造出特定的氛围, 影响甚至操纵被害人的行为。

在非接触环境下, 作案人如何仅通过聊天就能与被害人建立信任, 从而实现远程控制, 通过案例剖析, 可以发现这是因为作案人熟练运用了心理学原理。作案人通常利用心理学原理中的各种技巧, 如心理暗示、情感操控、社交工程等, 来影响被害人的决策和行为。通过定制化的话术和故事情节, 作案人针对被害人的需求、渴望或恐惧进行针对性刺激, 进而操纵其情绪和思维。例如, 利用“高回报”的承诺吸引被害人, 制造紧急情况引发被害人的紧张和焦虑, 让被害人感到刻意营造的危机, 进而迫使其做出作案人所期望的行为。这些手段有助于作案人在远程、非接触的情况下控制被害人的心理, 达到操纵其行为的目的。

1. 利益驱使下的非理性决策

通过分析几起复合式刷单诈骗案例可知, 被害人在诈骗发生初期通常出于个人利益和需求的满足而被骗。被害人通过互联网络, 接触到作案人发布的引流广告。这些广告往往针对被害人各自的需求, 内容中包含诱人的字眼。在某起案例中, 被害人在微信群中看到一则兼职广告, 声称“无需门槛、足不出户”即可日结百元。另一起案例中, 山东菏泽的宋先生浏览某网站时下载了一个涉黄 APP, 注册会员后客服告知, 只有刷单操作才能解锁美女视频。被害人为满足自己的欲望, 一步步按其要求操作, 结果被诈骗大笔钱财。

这些案例中, 作案人使用“佣金”“返利”“美

女”等具有诱惑力的元素,有效唤起被害人内心深处的欲望和期待。在这种高度个性化动机的驱使下,被害人往往基于简单的信息作出不理性的决策,盲目地相信作案人,并按照其要求行事。这种情况下,被害人由于被承诺的利益而忽略了潜在的风险,最终导致深陷于诈骗之中。复合式刷单诈骗中的被害人出于对所谓“利益”的追逐,忽视了对诈骗行为的辨别和对风险的审慎思考,最终作出非理性决策。

2.“登门槛效应”下的激进心理

在复合式刷单诈骗开始阶段,作案人往往要求被害人完成一些相对简单的任务。被害人完成任务后,会得到佣金或返利,满足了其对金钱的需求,增强了他们对所做事情的信任感。一旦被害人完成任务并得到正向反馈,作案人就会逐步提出更高难度的要求,让被害人完成更为复杂的任务。由于被害人想继续获利或者满足自己的欲望,通常会顺从作案人指示去做。这种现象被称为“登门槛效应”。

某起案例中的被害人完成了“新手任务”,即垫付100元获得130元的返利后,便愿意接受更大额的订单,垫付更高金额以获取更多的返利。在这种心理状态驱使下,被害人认为完成更高难度的任务将会带来更大数额的回报,于是作出了更为激进的决策。这种“登门槛”的心理现象会导致被害人在不断提升任务难度的过程中,逐渐失去对自身行为风险性的谨慎思考,只专注于追求看似更加丰厚的回报,从而做出超出理性和掌控范畴的激进决定。

3.“未竟事件”和“沉没成本”驱使下的绝境心理

在复合式刷单诈骗的后期阶段,通常被害人已经投入大量资金。此时,作案人往往会刻意制造各种障碍,例如以“操作失误”“账户异常”等为借口,阻止任务的正常完成。由于被害人渴望获取投入资金带来的回报,常常会受困于这种“未竟事件”的情节中,即在未获得回报但持续期待的强烈心理驱使下,继续注资以解决所谓的账户异常。

在诈骗开始阶段,被害人曾真实获得一定的返利,这种经历让他们对作案人产生了信任,并在作案人的话术下加深了这种信任。即使在后续投入大量资金后遇到返利障碍,被害人仍然保持对作案人的信任。他们被作案人的话术洗脑,在获得高额回报的强烈动机驱使下渐渐失去理性,忽视了警方和家人的劝阻,把自己与外部环境隔离开,无法认识到自己已经成为受骗的对象。在这一阶段,作案人进入了“收割”被害人的阶段。他们会编造紧急情况,例如声称在24小时内,如果被害人无法继续充值5万元,就会导致任务终止,无法获得任何返现。在这种紧迫情况下,作案人仿佛是唯一可以提供正确指引的人,被害人在绝境下不得不遵从其指示并作出决策。这种手法将被害人推向了绝境,迫使他们做出无法回头的决断。

(二)黑灰产业生态与技术支撑机制

大数据时代,复合式刷单诈骗以及其他电信网络诈骗已经形成了一个门类齐全、分工明确、协作紧密的生态产业链,主要包括人员、信息、技术和资金四个方面。这种黑灰产业链的形成以及相关技术的不断进步,助推了电信网络诈骗的演变发展。实践中,黑灰产业利用技术的“中立性”,支持电信网络诈骗,对抗司法机关,给司法机关取证定罪带来了挑战。

1.黑灰产业生态结构链条化

复合式刷单诈骗作为电信网络诈骗的一种典型形式,天生具备电信网络诈骗的共性特征。电信网络诈骗犯罪已经逐渐演变成为一个完整的生态系统,其中各种黑灰产业相互交织,形成了错综复杂的链条体系。这个链条上的犯罪领域相互分工,形成了上下游产业结构。上游产业提供诈骗犯罪所需的工具、信息和技术支持,下游产业则负责将犯罪所得拆分、转移、变现和交易。在这个产业链中,各个环节都专注于自己擅长的领域,精细化开展各自的业务。例如,为解决诈骗所需的微信、支付宝账号因风险被封禁或存在限权问题,催生出一职业解封的产业,这种产业以“点击几下就能赚钱”的兼职刷单口号

吸引学生、家庭主妇等群体,通过“短信协助”“批量预加好友”等方式协助解封账号。

黑灰产业各种链条结构的存在,使得电信网络诈骗不再是性质单一的犯罪行为,而是一个严密系统化、高度组织化的产业。不同环节业务链条的合作和配合,使得这种诈骗行为更具隐蔽性和持续性。因此,了解并精确打击黑灰产业链的各个环节,才能更有效地打击和预防复合式刷单诈骗。

2. 黑灰产业生态功能兼容化

黑灰产业的链条化使得生态内部每个业务链条都独当一面且高度专业化。整个产业链根据功能可划分为多种犯罪模块,呈现“积木化”趋势。上游常见的包括“引流”“卡号”“个人信息”“法务服务”等技术模块,下游则主要涉及“洗钱”“资金拆分”等模块。这些模块内部又包含不同的子模块,例如在“个人信息”模块中包含“爬虫获取”“关联社交账号”“身份证号码”等子集,这些模块功能彼此独立又相互兼容,既可以独立运行,又能融合作业。

复合式刷单诈骗的作案者根据其犯罪需求,在电诈黑灰产业生态链中购买所需子模块,像搭积木一样自由拼接这些模块,根据犯罪需求形成各种功能集成。不同模块之间形成协作关系,协同运作,从而形成了多样化的复合式刷单诈骗方式。这种模块化的特性,使得犯罪分子可以更加灵活、快速地定制和执行不同类型的诈骗活动。随着技术的发展和电诈黑灰产业链的进一步成熟,其模块化的独立特征让犯罪分子能够更有效应对执法机关的打击,增加了打击电信网络诈骗犯罪的难度。

3. 黑灰产业技术司法对抗化

唯物辩证法的核心理念是对立统一规律,它认为矛盾是事物内在存在的,并且对立双方相互依存、相互转化。技术本身具有中立性,但被用

于犯罪活动时就会失去其中立性。电信网络诈骗产业链的积木化、链条化使得黑灰产业上下游的各行业更加专业化和精细化,这些行业技术的研发目的和合法用途变得模糊。黑灰产业就是利用技术的“中立性”,大肆支持电信网络诈骗,对抗司法机关。

一方面,复合式刷单诈骗中用于引流的平台由技术外包公司提供的服务模块搭建而成。这些用来引流的应用软件和 H5 页面所利用的技术本身并不具备明确的好坏属性,但是一旦服务于电信网络诈骗,其应用的合法性就发生了改变。另一方面,黑灰产业已经从单纯的“技术对抗”转向更多的“司法对抗”。尤其是产业链中涉及“法律技术”模块,这些模块旨在满足监管审查要求,帮助黑灰产业将技术朝着“合规化”方向发展。它们设计标准化的应对流程来应对监管部门对基础业务的审查,规划合规的产业布局,识别违规风险,留下合规痕迹,甚至为未来可能发生的违规行为做好布局和辩护准备。技术本身的发展并非问题所在,其被用于违法活动所引发的问题该如何处理,给司法机关提出了富有挑战性的问题。

三、复合式刷单诈骗犯罪的应对策略

在全民反诈大背景下,我国的电信网络诈骗治理取得了显著成效。2023 年,全国检察机关共起诉电信网络诈骗犯罪 5 万余人,同比上升六成多;帮助信息网络犯罪活动犯罪 14 万余人,同比上升一成多;利用电信网络实施的掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益犯罪 7.5 万余人,同比上升 106.9%^①。全国各级人民法院 2018 到 2022 年间共审结 22.6 万件侵犯公民个人信息、帮助信息网络犯罪、网络诈骗等与电信网络诈骗相关的案件,“10·18”“11·20”等一批特大跨境电信网络诈骗犯罪分子被绳之以法^②。随着反诈电影《孤

①参见《2023 年全国检察机关共起诉电信网络诈骗犯罪 5 万余人》,载新浪财经,https://finance.sina.com.cn/jjxw/2024-03-03/doc-inakzsqp1906994.shtml?cref=cj,最后访问时间:2024 年 3 月 1 日。

②参见周强:《最高人民法院工作报告——2023 年 3 月 7 日在第十四届全国人民代表大会第一次会议上》,载人民网,http://lianghui.people.com.cn/2023/n1/2023/0317/c452482-32646450.html,最后访问时间:2024 年 3 月 1 日。

注一掷》的上映,电信网络诈骗更是引发了全民关注和讨论。传统的电信网络诈骗已经变得难以实施,导致犯罪活动出现了升级换代。复合式刷单诈骗以其灵活多样的形式和较强的迷惑性,成为公安部发布的十大高发电信网络诈骗之首。为落实党的二十大提出的建设更高水平的平安中国和保障新发展格局的新要求,公安机关必须着眼于复合式刷单诈骗高发的原因和机制,谋划应对策略,以提高对电信网络诈骗的打击效能。

公安机关应从复合式刷单诈骗高发成因入手,立足如何根据作案人的心理控制机制,在复合式刷单诈骗的案前、案中、案后作出有效应对,针对被害人进行精准心理干涉和有效阻断;同时,深入分析电信网络诈骗黑灰产业生态结构和技术发展方向,针对黑灰产业技术的“链条化”“兼容化”“司法对抗化”特点,在发挥公安机关主力军作用的同时,加强与其他部门以及监管机构的配合,提升协同治理、综合治理、源头治理的效果,有效应对复合式刷单诈骗;此外,要与时俱进,紧跟技术潮流,更新技术观念,提高技术水平和新技术运用能力,依托人工智能和新技术构建多元防范体系,同时,要预防类似 ChatGPT、元宇宙等新技术引发的新型复合式诈骗形式的出现。

(一)构建全链条心理干涉和阻断机制

在复合式刷单诈骗犯罪中,作案人对被害人的心理控制是一步步建立起来的。这种信任的建立由浅入深,由易干涉到难阻断。公安机关要有效干涉和阻断这种心理控制,需要准确识别出被害人所处的心理控制阶段,分析被害人的理性残余和说服难度,构建全链条心理干涉和阻断机制,采取有效的说服技巧和心理劝阻方式,帮助被害人从“非理性状态”回归“理性状态”。

处于复合式刷单诈骗前期的被害人往往被“引流”内容中的利益吸引,抱着好奇心理去追求内心欲求的满足,在高欲望动机驱使下主动了解相关信息。被害人与作案人建立沟通后,为了满足自己的欲望,会相信作案人的要求,按其指引去操作,简单操作后,被害人往往会获得较小的利益满足。此时,被害人还存有较高度度的理

性,容易接受外界信息。公安反诈平台监测到此类情况后,采用短信提醒、社交软件风险提示或电话劝阻的方式,基本上能制止多数当事人继续深入骗局。

诈骗中期,被害人受困于作案人编造的各种“紧急事件”,并在作案人话术诱导下投入大量资金以挽损。由于受到“沉没成本”效应和“未竟事件”情节的双重心理影响,被害人往往趋向于收获自己理想中的结果,即能够得到高额回报或者挽回损失。他们几乎丧失了理性的思考,只听信于作案人指示,并主动与外界隔绝。这一阶段往往较难干涉和阻断,简单的短信和电话提醒干预收效甚微。此时要想及时止损,公安机关首先要做的是及时入户,当面劝阻,民警让被害人保持冷静,关键是要让其认清“紧急事件”背后的诈骗套路,要特别注意沟通技巧和心理学知识。经验丰富的民警需要运用心理学原理,引导被害人进行自我对话,消除其侥幸心理,促使其恢复理智,消除不良情绪驱使下的非理性动机。

诈骗后期,作案人已经完成了“收割加害”,并将被害人拉黑,断绝了与被害人的联系。这个时期的被害人通常会非常后悔和自责,有些被害人由于损失大量钱财选择报警,部分被害人则顾忌脸面选择沉默。公安机关对于报案的被害人,要特别注意接案态度和沟通方式。被害人已经遭受到经济和精神的双重打击,往往比较脆弱,接案民警要从被害人的角度出发,切忌受“被害人有罪论”观点的影响。应尽力安抚被害人,避免其因精神冲击陷入长久的自责内疚而催生一系列消极影响。同时,公安机关要及时与银行等金融机构配合,努力追赃挽损。立案后,公安机关要定期与被害人沟通,从行为举动上给被害人以安全感、信任感,树立公安民警的良好形象。公安机关要及时梳理相关案例的具体形式,厘清诈骗手段和话术文本,弄清其组织架构,及时串并案;必要时要组织专案组,针对电信网络诈骗行为开展专项打击;要及时总结经验教训,形成案例库,以提高打击防范复合式刷单诈骗犯罪的能力。

(二)打造黑灰产业生态和技术规范化监管体系

黑灰产业生态的形成和规模化,以及相关技术的高速发展和迭代升级,推动着复合式刷单诈骗形式的更新换代,同时也是此类诈骗案件高发不下的主要原因。要有效打击复合式刷单诈骗犯罪,源头治理与规范化监管至关重要。近几年,在针对电信网络诈骗的高压打击下,黑灰产业技术呈现出“结构链条化”“功能兼容化”“司法对抗化”趋势和“跨区域”“跨行业”“跨平台”“场所隐匿”特点,给公安机关和相关监管部门带来了巨大挑战。公安机关要与时俱进,转变打击理念,从末端打击转向源头治理,从单打独斗转向协同治理;要坚持“四专两合力”总体工作思路,在打击治理电信网络诈骗过程中,顺藤摸瓜,深挖其组织架构,厘清上下游产业,构建打击黑灰产业生态、促进网络信息技术规范化监管体系,实现对电信网络诈骗犯罪的全链条打击。

首先,公安机关要转变打击理念。在打击复合式刷单诈骗过程中,公安机关发挥着主力军作用,但受制于警力不足、技术资源落后等因素,在“数据主导权”“跨区域合作”等领域存在不少掣肘问题,在黑灰产业监管方面心有余而力不足。为此,公安机关要根据黑灰产业上下游链条的不同功能和特点,强化与科技公司的技术合作与交流,深入了解黑灰产业技术的形成机理和技术难题,针对黑灰产业的隐匿化、跨区域化特点,与相关机关和企业共同探讨解决方案;要充分发挥打击电信诈骗联席作战机制的作用,针对黑灰产业链条中每节链条的不同功能和作用,集思广益,共研有效反制措施,实现整体协同作战。

其次,司法机关要研究出台更多具有针对性的司法解释和法律适用指导意见。应针对当前普遍存在、难以监管、游走在边缘地带以“技术中立”为借口谋取发展的擦边产业,准确把握帮助信息网络犯罪和掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的构成要件,在《中华人民共和国反电信网络诈骗法》(以下简称《反电信网络诈骗法》)等法律适用范围内,灵活施策、总结经验,为电信网

络诈骗打击治理工作提供更有力的法律支撑,破解针对“擦边”企业无法可依的尴尬局面。对于为规避处罚而进行“司法对抗”的企业,更多要厘清此类企业的惯用套路,了解他们为规避法律而采用的手段;同时,加强对服务此类企业法务人员的审核,强化对此类企业资料、业务的审核,形成对电信网络诈骗违法犯罪行为的有效威慑力。

最后,公安机关要提高巡逻的针对性。在商场、车站等人流量多的地方,公安机关应有针对性地对地推人员进行活动备案;加强对快递、外卖等易引发信息泄露行业的监管;要针对不同的复合式刷单诈骗网络引流形式,督促平台完善信息内容审核机制和广告审查制度,针对屡禁不止、屡劝不改的平台,协同相关部门约谈并作出处罚;同时,加强对公民个人的引导,督促其发现相关引流信息及时举报,从源头上杜绝黑灰产业链的形成。电信部门、金融机构要加强对电话卡、银行卡的规范化管理与使用,对于异常电信行为、资金流水提高警惕,完善落实实名登记制度,推广人脸动态登录核查,从源头提升对非法买卖电话卡违法犯罪行为的监管。金融机构要做好银行卡、信用卡开户管理,按照“谁开户,谁负责”的原则加强业务管理,严禁为了提升业务量而放松监管力度,并对为犯罪嫌疑人提供便利的“内鬼”严厉处罚。公安机关及网络信息监管部门要加大互联网监督巡查工作的力度,常态化开展净网行动,持续开展互联网安全动态评估等监管工作,及时对非法 APP、虚假诈骗网页进行查封清除治理。

(三)形成防范处置电信诈骗智能化大数据模型

随着 5G、物联网、大数据、云计算等技术的快速发展与应用,人工智能技术迎来了新一轮蓬勃发展。在打击复合式刷单诈骗的过程中,通过先进的人工智能技术,针对性地识别新形式、多样化、团伙化、链条化的电信网络诈骗行为,是公安机关深入贯彻落实习近平总书记重要指示批示精神,落实“科技建警、科技强警”要求的重点内容。因此,要强化人工智能算法在复合式刷单诈

骗风险识别中异常检测、多模态融合学习、图神经网络、端云协同等技术能力,提升其在事前风险感知、事中攻击检测和事后威胁处置上的性能优势及服务于电信诈骗打击的检测率,以强化打击效果。

互联网泛在背景下,公安机关要有效利用开源的各种情报信息,打破数据壁垒,总结先进经验,主动作为,与其他行业协同配合,依托大数据平台,针对电信网络诈骗发展的不同阶段,借助人工智能构建风险防控系统,对黑灰产业风险行为进行预测、阻断、管理、溯源,针对复合式刷单诈骗的事前、事中、事后构建不同的防范应对体系。针对复合式刷单诈骗前期构建风险感知与预测系统,根据复合式刷单诈骗案件特点提炼其共性行为机制,对全网信息进行主动式内容采集和风险挖掘分析,对出现的“刷单引流”内容进行及时阻断;在复合式刷单诈骗行为中期,针对异常的资金账户和用户行为进行检测,依靠多源数据进行诈骗行为检测,根据复合式刷单诈骗心理机制推断当事人心理态势和行为走向,为后续公安机关作出处理提供依据;在复合式刷单诈骗后期,依靠类案并案归类机制,对未阻断成功的复合式刷单诈骗进行因果分析研判,不断优化已有风控体系,学习提升防控算法,提升反诈能力。

四、结语

《反电信网络诈骗法》实施一周年来,我国打击治理电信网络诈骗犯罪取得了巨大成就。根据最高人民检察院发布的《检察机关打击治理电信网络诈骗及其关联犯罪工作情况(2023年)》显示,2023年1月至10月,全国检察机关共起诉电信网络诈骗犯罪案件被告人3.4万余人,同比上升近52%。公安部发布的数据显示,截至2023年12月底,公安机关累计见面劝阻1389万人次,拦截诈骗电话27.5亿次,拦截诈骗短信22.8亿条,处置涉网域名网址603.6万条,紧急拦截涉案

资金3288亿余元^①。司法机关切切实实地尽到了守护好人民群众钱袋子的神圣职责。

复合式刷单诈骗的形式往往会随着技术的更新而演变。随着 ChatGPT4.0 的发布,犯罪分子是否会利用其来分析被害人心理,定制骗术剧本,甚至通过训练让其与被害人直接对话,都值得引起我们的警觉。面对更新快、花样多的复合式刷单诈骗犯罪,公安机关在发挥主力军作用的同时,要深入了解复合式刷单诈骗的核心本质是心理控制,与时俱进掌握新技术、新理论,与有关部门、企业协同配合,共建防范复合式刷单诈骗互联网防范体系和打击机制。公安机关要针对促使复合式刷单诈骗迅速发展的黑灰产业生态与技术,强化源头治理、链条打击;同时,继续加大反电诈宣传力度,及时向广大人民群众普及复合式刷单诈骗新的形式、骗术,让群众了解其容易得手的原因;要加大大专群结合力度,深化全民反诈格局,让建设更高水平平安中国的要求落实到打击电信诈骗的每一次预警、每一次劝阻、每一次专项行动中。

[参考文献]

[1] 靳高风,张雍锭,郭兆轩. 2022—2023 年中国犯罪形势分析与预测[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2023(02):1-11.

[2] 孙秀兰. 多元共治:涉电信网络诈骗的黑灰产治理研究[J]. 公共治理研究,2023(01):84-89. DOI:10.13975/j.cnki.gdxz.2023.01.010.

[3] 孟凡骞,周伟龙. 网络复合式刷单诈骗心理控制的形成及阻断[J]. 湖北警官学院学报,2023(01):15-26. DOI:10.19828/j.issn1673-2391.2023.01.002.

[4] 张钊. 网络刷单类电信诈骗心理控制机制及其防控措施研究[J]. 网络安全技术与应用,2022(12):141-142.

[5] 赵明正. 大数据背景下网络刷单诈骗的防控对策[J]. 网络空间安全,2022(03):83-87.

[6] 申龙,曲源明,胡书萌. 电信网络诈骗黑灰产业链剖析及应对[J]. 中国刑事警察,2021(04):51-55.

①参见张晨:《过去一年全国公安机关全力做好防风险、保安全、护稳定、促发展各项工作 2023 年全国刑事案件立案数比 2022 年下降 4.8%》,载 2024 年 1 月 10 日《法治日报》。转引自中国长安网, http://www.chinapeace.gov.cn/chinapeace/c100007/2024-01/10/content_12705828.shtml,最后访问时间:2024 年 3 月 1 日。

[7]向静,刘亚岚.“杀猪盘”电信诈骗犯罪的心理控制机制剖析[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2021(04):1-10.

[8]谢玲.电信网络诈骗心理控制的形成及阻断[J].中国刑警学院学报,2022(01):14-25. DOI:10.14060/j.issn.2095-7939.2022.01.002

[9]喻海松.网络犯罪黑灰产业链的样态与规制[J].国家检察官学院学报,2021(01):41-54.

[10]郭聪,崔炜.互联网黑灰产业链研究分析[J].信息安全,2020(S1):6-9.

[11]韩思宁.网络刷单诈骗犯罪案件侦查研究[D].北京:中国人民公安大学,2020. DOI:10.27634/d.cnki.gzrgu.2020.000400.

[12]顾海艳.网络刷单引发的诈骗行为及其防控措施[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2020(01):22-

28.

[13]明乐齐.网络黑产犯罪的趋势与治理对策研究[J].山东警察学院学报,2019(04):90-100.

[14]张良玉.网络刷单诈骗犯罪被害防控研究[J].辽宁警察学院学报,2018(05):26-32.

[15]杜用.互联网黑灰产产业链研究[D].杭州:浙江大学,2018.

[16]马忠红.以电信诈骗为代表的新型网络犯罪侦查难点及对策研究——基于W省的调研情况[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2018(03):78-86.

[17]王晓伟.治理电信网络诈骗犯罪:现状、问题与对策[J].社会治理,2017(01):40-47. DOI:10.16775/j.cnki.10-1285/d.2017.01.010.

【责任编辑:凌秋千】

Analysis of the causes of high incidence of compound order-brushing fraud crimes and the countermeasures

Li Shilong ,Ma Zhonghong

(Chinese People's Public Security University ,Beijing 100038 ,China)

Abstract: In the context of nationwide anti-fraud,compound order-brushing fraud is still the most common telecommunications and network fraud due to its diverse forms and rapid changes. Criminals are well versed in psychological control mechanisms and rely on the rapid development of black and gray industry technologies to accurately defraud victims. To combat compound order-brushing fraud,it is necessary to build a full-chain psychological interference and blocking mechanism,and create a black and gray industry ecology and a standardized technical supervision system; at the same time,relying on artificial intelligence and new technologies,form an intelligent big data model for preventing and handling telecommunications fraud,and build an effective mechanism to combat compound order-brushing fraud crimes.

Key words: compound order-brushing fraud;telecommunications and network fraud;mental control;standardized supervision

当前我国有组织犯罪对基层政权的影响及对策研究

赵竑智,王雪莲

(中国人民公安大学,北京 100038)

〔摘 要〕我国对有组织犯罪的界定统摄了恶势力组织犯罪、黑社会性质组织犯罪和黑社会组织犯罪三种不同的发展形态,具有丰富的理论内涵。当前,我国境内的有组织犯罪基本得到控制,但其安全威胁已经从传统的经济、社会领域延伸至政治领域,动摇党的执政基础,造成政治权力异化,冲击先进民主制度,背离主流意识形态。为将其正本清源,应以《中华人民共和国反有组织犯罪法》为遵循,构建新型反有组织犯罪理念,创新网络群众路线,推进基层反腐向纵深发展,进一步健全反有组织犯罪综合机制。

〔关键词〕有组织犯罪;基层政权;政治安全;反有组织犯罪工作

〔作者简介〕赵竑智(1999—),男,山东淄博人,中国人民公安大学国家安全学院2022级国家安全学硕士研究生,主要从事反恐怖主义、国家安全学研究;王雪莲(1972—),女,黑龙江黑河人,中国人民公安大学国家安全学院副教授,硕士研究生导师,主要从事反恐怖主义、国家安全学研究。

〔收稿日期〕2023-11-01

〔中图分类号〕DF792.6 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)03-038-08

进入新时代,有组织犯罪随着经济社会发展的时代潮流持续“进化”,犯罪手段趋于多样化、组织形式走向“合法化”,其涉足领域广泛,严重扰乱了经济秩序,破坏社会和谐稳定。为了打消黑恶势力的嚣张气焰,消除其对国家安全和社会稳定的恶劣影响,在以习近平同志为核心的党中央坚强领导下,我国创造性地开展了为期三年的扫黑除恶专项斗争。至2020年底,全国扫黑除恶专项斗争已经取得全面胜利,但常态化扫黑除恶专项斗争依然任重道远。有组织犯罪作为一种动态现象,具有长期的潜在安全威胁。常态化治理作为巩固和扩大扫黑除恶专项斗争成果的重要手段,将持续遏制黑恶势力的潜在安全威胁。

当前,我国国内和国际安全形势空前严峻,危害国家安全的因素日趋复杂,内地有组织犯罪仍有活动迹象,境外黑恶势力更是企图向我国渗透。在此背景下,《中华人民共和国反有组织犯罪法》(以下简称《反有组织犯罪法》)于2021年

12月24日出台,反有组织犯罪工作正式进入法治轨道^[1]。《反有组织犯罪法》的出台,解决了此前我国惩治有组织犯罪法律规定较为分散、部分文件位阶低效力弱的尴尬局面,为建立健全反有组织犯罪工作机制作出了立法贡献。

有组织犯罪作为一种畸形的、异化的社会现象,其安全威胁已经从传统的经济、社会领域延伸至政治领域。从某种意义上讲,一切安全事务都与政治有关^[2]。本文以政治安全为视角研究有组织犯罪,以期把握问题的关键,揭露有组织犯罪的危害机制;同时,有助于抓住问题的本质,提纲挈领地预防和治理有组织犯罪。

一、我国有组织犯罪与基层政权的理论内涵

有组织犯罪作为一种国际社会普遍存在的犯罪形态,对世界各国(地区)产生了程度不一的消极影响。虽然有组织犯罪由来已久,在产生和发展过程中也呈现出一定的共同特征,但是

国际社会至今仍未因这种共性而在理论上达成共识。相反,由于各国的经济发展处于不同阶段,政治体制、意识形态和法律传统各具特色,各国无不根据本国国情探求行之有效的治理对策,以满足自身打击有组织犯罪的需要^[3]。为了探析我国有组织犯罪对基层政权的影响,积极寻求切实可行的治理路径,有必要首先从理论上厘清二者的基本内涵。

(一)我国有组织犯罪的理论内涵

《反有组织犯罪法》首次将有组织犯罪的概念法定化,明确了有组织犯罪的内涵和外延,同时作出了将黑恶势力犯罪作为有组织犯罪的特色表述^[4]。其中,“恶势力”是指恶势力组织,“黑”一般是指黑社会性质组织,在本文中也包括黑社会组织。这一特色表述不仅囊括了三种不同的犯罪形态,还揭示了有组织犯罪由低级向高级演变的客观规律。

1. 恶势力组织犯罪

《反有组织犯罪法》将恶势力组织从政策性概念正式上升为法律概念。在宏观上,这一理论突破既符合依法治国方略的总体要求,又满足了我国司法实践的现实需要^[5];在微观上,这一实践破局契合了“打早打小”的刑事政策精神,有利于有组织犯罪的源头治理。恶势力组织是指“经常纠集在一起,以暴力、威胁或者其他手段,在一定区域或者行业领域内多次实施违法犯罪活动,为非作恶,欺压群众,扰乱社会秩序、经济秩序,造成较为恶劣的社会影响,但尚未形成黑社会性质组织的犯罪组织”^①。

2. 黑社会性质组织犯罪

黑社会性质组织犯罪早在1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)中就被纳入了有组织犯罪范畴。时至今日,黑社会性质组织仍在全国各地盘根错节,涉足经济、政治和社会服务等领域,造成极端恶劣的影响。黑社会性质组织犯罪作为人民群众深恶痛绝的社会毒瘤,严重破坏经济秩序、侵蚀国家政权、干扰社会生活。区

别于恶势力组织,黑社会性质组织具有明确的经济目的,组织上严密且稳定,行为上残暴且恶劣,危害性上已经形成对区域社会经济的非法控制或造成重大影响。

3. 黑社会组织犯罪

作为《反有组织犯罪法》的一大亮点,黑社会组织犯罪被《反有组织犯罪法》收治为规制对象,其具有严格的限定范围,即只针对境外的黑社会组织。在内地,作恶多端的黑社会组织在新中国成立时就已消失殆尽,但“暴力团”“黑手党”等境外黑社会组织当前仍十分活跃,随着物质、信息、人员和资本的全球化流动,其势必会加剧对我国境内的渗透,入境发展成员甚至实施违法犯罪活动,危害我国国家安全。黑社会组织是最高级别的有组织犯罪形态,具有极其严重的社会危害性。因此,将我国有组织犯罪的范畴延伸至境外的黑社会组织,既是建立健全有组织犯罪规制体系的要义所在,又是有效落实总体国家安全观的生动实践。

(二)基层政权与政治安全的理论逻辑

有组织犯罪之所以社会危害性大,是因为其侵蚀我国基层政权,进而严重危害我国政治安全。要厘清其中的逻辑关系,首先就要清楚什么是基层政权,什么是政治安全。

关于基层政权的理解,可以从两个角度展开,一是关于“基层”的界定,二是对“政权”的理解。“基层”一词源于建筑学,是指相对于顶层、中层来说处于最底层的建筑;延伸到政治范畴,是指相对于中央、中层来说最低一级的行政区域划分。根据《中华人民共和国宪法》《中华人民共和国城市居民委员会组织法》和《中华人民共和国村民委员会组织法》规定,“基层”在城市是指不设区的市及其市辖区,在农村是指乡、民族乡和镇。政权是指一国的国家机关及其权力。综合来说,基层政权可以理解为我国设在其最低行政区域的国家机关及其权力的统一体^[6]。在农

①《中华人民共和国反有组织犯罪法》第2条第2款规定:“本法所称恶势力组织,是指经常纠集在一起,以暴力、威胁或者其他手段,在一定区域或者行业领域内多次实施违法犯罪活动,为非作恶,欺压群众,扰乱社会秩序、经济秩序,造成较为恶劣的社会影响,但尚未形成黑社会性质组织的犯罪组织”。

村,它指的是乡、镇人民代表大会和乡、镇人民政府及其职权的统一体;在城市,它指的是不设区的市、市辖区的人民代表大会及其常委会和人民政府及其职权的统一体^①。基层政权在国家政权中处于基础性地位,是我国根本政治制度的着力点,也是国家各项大政方针的落脚点。

各国理论界确定政治安全内涵时的切入角度各有侧重,其中具有代表性的观点有:以马振超、尹淑艳为代表的国家主权说;以王逸舟、宋晓梅为代表的制度安全说、执政安全说;以刘跃进、田玉才为代表的综合说^[7]。本文采用综合说,将政治安全定义为:国家的政治上层建筑相对处于没有危险或不受内外威胁的状态,以及保障持续安全状态的能力。因此,政治安全以政权安全和制度安全为核心,涵盖意识形态安全、执政安全、政治秩序等方面。随着政治民主化的不断推进和经济社会的可持续发展,政治安全的内涵和外延也将不断扩展^[8]。在我国,政治安全是国家安全的根本,在我国国家安全体系中处于根本性地位。

一国政权是其政治范畴的重要组成部分,从而衍生出基层政权和政治安全之间的紧密联系:一方面,基层政权在政治安全体系中起着强基固

本的作用,确保基层政权安全是维护和塑造政治安全的前提和基础;另一方面,政治安全作为国家安全的根本,保障政治安全为基层政权正常运行创造了良好的客观环境。

二、当前我国有组织犯罪现状

有组织犯罪作为一种全球性现象,具有一定的普遍性特征,同时由于各个国家(地区)具体情况不同,有组织犯罪又表现出一定的地域性差异。通过对比我国和域外有组织犯罪现象可以明显发现,我国有组织犯罪存在恶势力组织犯罪,且以黑社会性质组织犯罪为典型^[9]。因此,笔者希冀以黑社会性质组织犯罪和恶势力组织犯罪为抓手,通过以下两种方法来反映我国有组织犯罪基本状况,并总结归纳出我国有组织犯罪侵蚀基层政权的典型方式。

(一)我国有组织犯罪的基本状况

1. 以典型案例法反映基本状况

笔者通过中国裁判文书网,检索新时代十年来我国境内的黑社会性质组织犯罪案例。数据截至2021年,共计检索到1207起相关案件(见图1),可以在一定程度上反映出近年来我国有组织犯罪的基本状况。

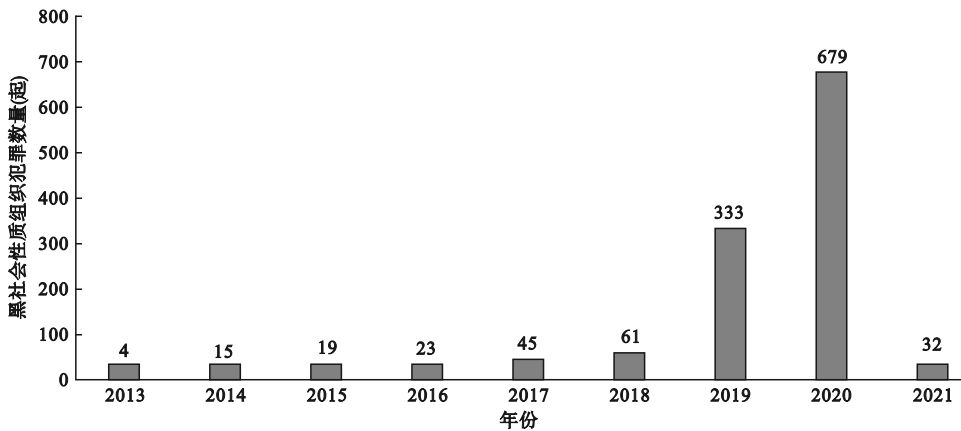


图1 2013—2021年我国黑社会性质组织犯罪案例

从图1可知,在中国裁判文书网刊载的1207个案例中,黑社会性质组织犯罪在2013年至2017年呈现小幅增长态势,在2018年至2020年呈现爆炸式增长态势,而在2020年至2021年又

呈现骤降态势。考虑到中国裁判文书网不能囊括我国司法实践中所有黑社会性质组织犯罪的客观情况,理论上的黑社会性质组织犯罪形势亦不能反映我

①根据以上法律规定,基层政权不包括县人民代表大会及其常委会和县人民政府及其职权的统一体。

— 40 —

国有组织犯罪的全貌,但该态势能在一定程度上说明当前我国扫黑除恶工作已经达到了预期目标,取得了全面胜利,黑社会性质组织犯罪等有组织犯罪的滋生蔓延从源头上受到了遏制。

2. 以文献资料法反映基本状况

笔者以“扫黑除恶”为关键词进行搜索引擎检索,得到反映扫黑除恶专项斗争与常态化扫黑

除恶治理成效的相关权威数据(见表1),分别为扫黑除恶专项斗争(2018—2020年)的成果^[10]、常态化扫黑除恶开局之年(2021年)的成果^[11]、常态化扫黑除恶推进之年(2022年)的成果^[12],期冀能在图1的基础上,更全面、更权威地反映我国有组织犯罪基本状况。

表1 2018—2022年全国扫黑除恶成果一览表

打击成果	扫黑除恶专项斗争 2018—2020年	常态化扫黑除恶 开局之年2021年	常态化扫黑除恶 推进之年2022年
涉黑组织	3644个	195个	160余个
涉恶势力犯罪集团	11675个	1086个	1520余个
农村地区涉黑组织	1289个	未知	28个
农村地区涉恶势力犯罪集团	4095个	未知	229个

注:“未知”处未发布权威数据

从表1可知,我国打击黑社会性质组织和恶势力组织的司法实践取得了显著成效。总体上,我国黑社会性质组织和恶势力组织数量呈断崖式减少,其中农村地区黑恶势力减少尤为明显。在专项斗争的三年,受到打击的农村地区涉黑组织和涉恶势力犯罪集团占黑恶势力整体的1/3左右。

扫黑除恶专项斗争与常态化扫黑除恶的治理成效,可以在一定程度上反映出当前我国有组织犯罪的基本状况:当前,经过运动式扫黑除恶和常态化扫黑除恶,我国有组织犯罪基本得到控制,但其安全威胁已经从传统的经济、社会领域延伸至政治领域,尤其是农村等基层政权领域。

(二)我国有组织犯罪侵蚀基层政权的典型方式

1. 寻求“体制保护”

通过总结归纳中国裁判文书网的典型案例,捋清其中的“伞网关系”后可以发现,黑恶势力为了遮掩其违法犯罪的恶劣行径,不得不寻求“体制保护”,依靠行政部门提供便利或者非法庇护,从而获取更大经济利益或者降低犯罪成本。如

在王某林包庇、纵容黑社会性质组织案中^①,时任X县公安局政委王某林接受某黑社会性质组织成员李某行贿,包庇、纵容其聚众斗殴、开设赌场等犯罪行为,成为包庇、纵容黑恶势力的“警伞”。少数的国家工作人员受拜金文化、集权文化等犯罪亚文化的影响,甚至不再满足于充当黑恶势力“保护伞”的角色,开始由“红”蜕变为“黑”,严重侵蚀我国基层政权。在山西省关某军、关某民组织、参加黑社会性质组织案中^[13],团伙首犯关某军系Y市城区公安分局巡警大队大队长。该团伙涉案成员多达80余人,涉及违法犯罪案件46起,案发后被冻结资金2.594亿元,查封、扣押大量涉案房产、车辆及金条、玉器、首饰、文物收藏品、名表等奢侈品及多个经济实体。

2. 谋求“政治光环”

除了通过深化“伞网关系”为攫取非法利益提供便利外,有的黑恶势力直接通过捞取“红顶子”、谋求“政治光环”来寻求庇护。“红顶子”一词原指清代红缨官帽的特有款式,象征清代官员,此处借指我国基层党政干部的资格。当前,

①参见云南省大理白族自治州中级人民法院:“王锦林包庇、纵容黑社会性质组织、受贿一审刑事判决书”,(2019)云29刑初135号,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHT2W0/index.html?pageId=4b1235a7945e8b839061fa3703452239&s21>,最后访问时间:2023年10月15日。

我国有组织犯罪持续向政治领域纵深渗透,由于依靠他人的“体制保护”存在冷却期,黑恶势力难以传统的暴力、威胁手段难以继续完成经济利润的再积累。为寻求更“安全”的庇护,他们企图以贿选、霸选等方式直接捞取基层人大代表、政协委员或者村两委的“红顶子”,披上“合法”外衣,攫取更大经济利益。如周某森等组织、领导、参加黑社会性质组织案中^①,周某森通过拉票当选为D区人大代表,并逐步把持、操控某镇多个村的基层政权。

三、有组织犯罪侵蚀基层政权对我国政治安全的危害

运动式扫黑除恶与常态化扫黑除恶,为铲除我国有组织犯罪土壤作出了突出贡献。然而,站在新发展阶段,既要看到有组织犯罪基本得到控制的向好迹象和《反有组织犯罪法》出台的积极成果,更要认清我国社会为此付出的“惨痛代价”:有组织犯罪通过各种行为方式与基层党政干部和机关实体建立的千丝万缕“联系”,对我国政治安全造成了严重危害^[14]。

(一)动摇党的执政基础

有组织犯罪首先危害我国的执政安全。在我国,群众基础就是党的执政基础。历史已一再证明,脱离群众是党执政后最大的风险。黑恶势力拉拢、腐蚀基层党政干部,使其在利益面前丧失了为人民服务的意识,甚至由“红”变“黑”,沦为人民的对立面,权不再为民所用、利不再为民所谋、情不再为民所系,导致我党失去群众的支持和拥护,进而动摇我党的执政基础,严重危害我国执政安全。

执政安全是我国政治安全的重中之重,维护和塑造执政安全是保障政治安全及国家安全的逻辑前提。黑恶势力长期渗透基层政权,使得我国依靠现有的基层自治已经无法满足维护执政安全的需要,由此自上而下的运动式扫黑除恶和常态化扫黑除恶才应运而生。

(二)造成政治权力异化

政权安全,即中国共产党的执政地位处于不受内外威胁的状态,以及持续维持其良性运转的能力。基层政权处于国家政权的最底层,起着强基固本的作用。然而,在现实中黑恶势力已经成为基层党政干部的重要腐败源。部分基层党政干部抵挡不住黑恶势力的拉拢腐蚀,与黑恶势力沆瀣一气,充当其政治靠山,甚至沦为黑恶势力的保护伞,公然运用人民赋予的公权力徇私枉法,为有组织犯罪提供便利条件,帮助黑恶势力逃脱法律制裁。

人民赋予的公权力一旦沦为某些党政干部的私权,基层组织将变得涣散无力,基层各项事务将停滞不前。这些政治上的“两面人”依托黑恶势力,将公权力视作敛财的工具,表面披着“人民公仆”的外衣,内里却做着侵害人民群众利益的恶事,严重损害了党群关系、干群关系,严重抹黑了中国共产党立党为公、执政为民的良好形象,严重危害我国政权安全。

(三)冲击先进民主制度

有组织犯罪对政治安全的危害还体现在对制度安全的破坏上。有组织犯罪治理需要基层自治和国家强制相结合,基层治理体系建设离不开民主集中制的指导,国家强制力的实施也必须以民主集中制为原则。然而,我国基层政治生态圈中却存在“黑金政治”,严重背离民主集中制。黑恶势力以霸选、贿选等非法手段干扰和破坏选举工作,插手基层选举事务,长期干涉、左右村两委的人事任命,严重破坏了民主集中制的正常运转。

同时,有组织犯罪危害基层群众自治制度。基层群众自治制度作为中国特色社会主义制度体系的重要组成部分,是推进基层治理体系和治理能力现代化建设的制度依据。我国有组织犯罪长期未得到根治,其危害已染指基层政权领域,究其原因,主要在于我国现有的基层自治体

①参见北京市第二中级人民法院:“周广森等组织、领导、参加黑社会性质组织一审刑事判决书”,(2021)京02刑初121号,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHN2W0/index.html?pageId=4b1235a7945e8b839061fa3703452239&s21=B6%E2%80%9D>,最后访问时间:2023年10月15日。

系存在漏洞、基层治理能力存在不足,黑恶势力乘虚而入,插手基层经济、政治、社会管理等各方面事务,严重影响基层群众自治制度发挥实效。

(四) 背离主流意识形态

在当前百年未有之大变局下,我国面临巨大的“安全赤字”^[15]。其中,有组织犯罪作为危害基层意识形态安全的罪魁祸首,其危害首当其冲。意识形态安全是指马克思主义的指导地位相对处于没有危险的状态。坚持马克思主义在意识形态领域指导地位的根本制度,是中国特色社会主义制度在意识形态和文化领域的具体体现。有组织犯罪形成的犯罪亚文化^[16]与中华优秀传统文化相抵触,与社会主义核心价值观相抵触,与马克思主义相抵触。

有组织犯罪作为一种畸形的社会异端现象,与我国主流意识形态相违背。黑恶势力破坏法律实施,肆意违法犯罪,其所遵循的异端信条与自由民主、公正法治的社会主义核心价值观大相径庭;将暴力、拜金、特权等观念视为其所追求的价值理念,排斥平等、人民、公权等主流意识形态的价值取向。黑恶势力长期操纵和把持基层政权,为非作恶,其扭曲的价值观加之恶劣的行为手段,使得基层社会戾气重重,严重危害我国意识形态安全。

四、坚持以《反有组织犯罪法》推进我国反有组织犯罪工作

有组织犯罪是威胁各国经济发展、社会稳定以及政治民主化进程的“毒瘤”,也是各个国家(地区)严厉打击的对象。当前,由于有组织犯罪的组织化程度和动态发展程度愈发剧烈,同时对我国基层政权的侵蚀逐渐纵深化,现有的反有组织犯罪机制应当与时俱进不断健全和完善,以满足我国国家安全体系和能力现代化的需要。对此,首先要从思想上破冰,以总体国家安全观为指导,构建新型反有组织犯罪理念。其次,要从实践中破局,以《反有组织犯罪法》为遵循,创新网络群众路线,推进基层反腐败向纵深发展;进一步健全有组织犯罪情报共享机制,从根本上消除有组织犯罪的滋生土壤和生长空间。

(一) 实现思想破冰,构建反有组织犯罪新理念

中国特色社会主义迈进新时代,随着经济社会不断发展和国际形势瞬息万变,我国境内的有组织犯罪组织气焰嚣张、活动频繁,其造成的安全威胁不再是仅仅扰乱经济秩序、破坏社会稳定,而是已经染指政治安全领域。在此复杂的国内国际背景下,总体国家安全观应运而生。总体国家安全观坚持系统思维,以人民安全为宗旨,以政治安全为根本,对于实现国家安全体系和能力现代化建设,尤其是基层治理能力现代化建设具有重要指导意义。实践证明,传统以“打”为主的治理理念大多追求单一社会效果,即主要关注的是有组织犯罪对社会治安方面的危害性;而以“打防结合”为主的新理念,将视角延伸到了对政治安全的危害。直观来看,相对于以“从严、从快”为治理方针的打黑除恶,以总体国家安全观为指导的扫黑除恶综合治理效果更加显著。因此,我国应锚定有组织犯罪对政治安全的危害,立足政治安全的根本属性,塑造和坚持以维护政治安全为首要目的的反有组织犯罪新理念^[17]。

(二) 创新网络群众路线,筑牢党的执政根基

人民安全既是国家安全工作的宗旨,又是推进反有组织犯罪工作的抓手。随着互联网时代的到来,传统的群众路线在保障人民基本权利方面表现出一定程度的“力不从心”,“民声通道”出现一定堵塞,导致少数地区出现黑恶势力长期左右、把持基层政权的情况,人民的基本权利无法得到切实有效的保障,人民安全自然也无法得到保障。《反有组织犯罪法》从实践出发,将群众路线法治化、常态化,要求反有组织犯罪工作从群众中来,到群众中去。进入新发展阶段,中国式现代化赋予了群众路线新的内涵——网络群众路线^[18]。

基层党政干部要疏通“民声通道”,遏制黑恶势力的发展,就要培养“互联网思维”,学会走网络群众路线,利用互联网体察民情民意。网络群众路线主要体现在:1. 广大人民群众通过互联网广泛参与公共事业和公共事务,积极行使选举权

和被选举权、监督权,防止黑恶势力以贿选、霸选、假选等形式侵蚀基层政权;2. 基层政府将互联网技术应用于领导信箱和政务公开等党群关系领域,为群众搭建畅通的发声平台,保证群众享有知情权。唯有此,才能在新时代筑牢群众基础,保证政权安全。

(三) 坚持“打伞破网”,助推基层反腐向纵深发展

政治安全既是根本,又是推进反有组织犯罪工作的精髓。有组织犯罪之所以长期得不到根治,深究其内因是黑恶势力背后有政治靠山,为其实施违法犯罪活动提供便利条件,提供非法庇护使其逃脱法律制裁。那些“黑金政治”案例一再证明,维护政治安全最根本的途径,就是要在政治体系内部筑起一道“铜墙铁壁”。

因此,反有组织犯罪工作首先要刀刃向内,与反腐败相结合。《反有组织犯罪法》以专章设定了“国家工作人员涉有组织犯罪处理”,明确了全面调查和从严处罚的具体原则,对涉有组织犯罪领域的职务犯罪,采取“零容忍”态度。反有组织犯罪工作要“打伞破网”,通过梳理有组织犯罪的资金链、关系链,彻底清扫黑恶势力背后的利益集团。基层党政人员要始终树立红线意识,严格依法行使职权,立足于人民利益履行职责,杜绝腐败,防止权力滥用。

(四) 深化标本兼治,健全反有组织犯罪综合机制

推进反有组织犯罪工作,建立健全行业有组织犯罪预防和治理机制是必由之路。反有组织犯罪工作不是某一部门的职责,而是全行业、各层级、全体人民的共同义务。全行业治理,就是要建立健全反有组织犯罪综合机制,依托科技创新、科技赋能,实现各主体部门之间涉有组织犯罪情报的交流与共享,以情报主导治理,深化标本兼治,共同肃清黑恶势力。

首先,公安机关作为反有组织犯罪的主要责任机关,应当建立健全有组织犯罪情报搜集、分析研判和信息共享机制,实现与其他主管部门的情报信息共享。例如会同民政部门、村(居)两委,根据本地有组织犯罪实际情况,确定预防和

治理有组织犯罪的重点区域(场所)和行业领域。

其次,纪检监察机关、司法机关与公检法三机关在办理有组织犯罪案件中,应当注重职务犯罪类情报信息交流,探索建立信息共享机制,基于数据库、互联网技术践行科技强警战略;依托信息化支撑的基层治理平台,深挖有组织犯罪领导者、组织者和参加者的关系网及其背后可能存在的“保护伞”,溯源犯罪组织屡次逃脱法律制裁的“幕后黑手”,实现标本兼治。

最后,学校作为有组织犯罪的潜在受灾区,应当建立防范有组织犯罪侵害校园工作机制,增强学生的反有组织犯罪意识;民政部门应当建立村民委员会、居民委员会候选人联审制度,严把政治关;其他有关部门在各自职责范围内,依法开展反有组织犯罪工作。

五、结论

在当今百年未有之大变局下,我国有组织犯罪经历了从恶势力组织犯罪到黑社会性质组织犯罪再到(境外)黑社会组织犯罪的演进历程。通过扫黑除恶专项斗争和常态化扫黑除恶,我国有组织犯罪基本上得到控制,但随着全球“四大赤字”对我国的挑战愈发严峻,有组织犯罪将继续成为威胁我政治安全的潜在“危险源”。为此,我国应始终坚持以总体国家安全观为指导,把塑造和维护人民安全和政治安全作为反有组织犯罪工作的根本价值追求;坚持“打伞破网”,深化标本兼治,以系统思维建立健全反有组织犯罪机制;始终坚持依法治国的基本方略,积极贯彻落实《刑法》《反有组织犯罪法》等相关法律法规,认真汲取和借鉴域外国家治理有组织犯罪的成功经验,实现惩防并举。

[参考文献]

[1] 黄京平. 扫黑除恶历史转型的实体法标志——《反有组织犯罪法》中刑法规范的定位[J]. 江西社会科学,2022(02):59-72+207.

[2] 巴瑞·布赞,奥利·维夫,迪·怀尔德. 新安全论[M]. 杭州:浙江人民出版社,2003:191-192.

[3] 赵赤. 中外惩治有组织犯罪比较研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2017:195.

[4] 蔡军.《反有组织犯罪法》中有组织犯罪概念的理解与适用[J]. 中国应用法学,2022(04):56-67.

[5] 王强军. 知恶方能除恶:“恶势力”合理界定问题研究[J]. 法商研究,2019(02):135-145.

[6] 王邦佐. 政治学辞典[M]. 上海:上海辞书出版社, 2009:56.

[7] 虞崇胜,舒刚. 近年来关于政治安全问题研究述评[J]. 探索,2012(03):69-75.

[8] 张利涛. 执政安全·政治安全·国家安全:理解总体国家安全观的三维向度[J]. 决策与信息,2022(12):16-24.

[9] 莫洪宪. 中国犯罪参与理论的本土构建与刑事实践——以有组织犯罪为视角[J]. 政法论丛,2023(02):13-23.

[10] 人民网. 数读扫黑除恶专项斗争成果[EB/OL]. [2023-08-08]. http://m.people.cn/n4/0/2021/0330/c30-14915998_3.html.

[11] 中华人民共和国司法部. 抓实抓好2022年常态化扫黑除恶十件实事[EB/OL]. [2023-08-11]. http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/gwxw/xwyw/ywzfyw/202203/t20220321_451157.html.

[12] 新华网. 公安机关常态化扫黑除恶斗争去年打掉涉黑组织160余个[EB/OL]. [2023-08-11]. http://www.news.cn/legal/2023-02/27/c_1129401752.html.

[13] 搜狐网. 扫黑除恶:井陉许建军横行山西阳泉称霸十余年,终于“栽了”![EB/OL]. [2023-08-11]. https://www.sohu.com/a/331502647_706337.

[14] 张远煌,赵赤. 美国有组织犯罪观念的变迁及其启示[J]. 法商研究,2010(05):134-142.

[15] 人民网. 为破解全球“四大赤字”提供中国方案[EB/OL]. [2023-08-01]. <http://theory.people.com.cn/n1/2019/0424/c40531-31047183.html>.

[16] 张博,程雪薇. “沉默的蓝墙”:犯罪亚文化视阈下美国警察共谋腐败现象与预防[J]. 北京警察学院学报,2023(01):87-96.

[17] 刘跃进. 国家安全学[M]北京:中国政法大学出版社,2004:110.

[18] 时伟. 调查研究要走好新时代网上群众路线[J]. 人民论坛,2023(09):47-49.

【责任编辑:张虹】

Research on the impact of organized crime on grassroots political power in China and the countermeasures

Zhao Hongzhi, Wang Xuelian

(Chinese People's Public Security University, Beijing 100038, China)

Abstract: The definition of organized crime in China encompasses three different development forms; organized crime of evil forces, organized crime of mafia nature and organized crime of gangland, and has rich theoretical connotations. At present, organized crime within China has been basically controlled, but its security threats have extended from the traditional economic and social fields to the political field, shaking the ruling foundation of the Party, causing the alienation of political power, impacting the advanced democratic system and deviating from the mainstream ideology. In order to correct its roots, we should follow the “Anti-Organized Crime Law of the People’s Republic of China”, build a new anti-organized crime concept, innovate the network mass line, promote the in-depth development of grassroots anti-corruption and further improve the comprehensive mechanism of anti-organized crime.

Key words: organized crime; grassroots political power; political security; work against organized crime

命案证据审查中的经验法则运用探析

蒋涤非

(云南省人民检察院,云南 昆明 650228)

〔摘要〕证据不等于事实。经验法则是从证据到事实推理过程中的重要连接工具。经验法则之所以能够在诉讼证明活动中成为重要工具,关键在于经验法则具有较强的客观性。经验法则的客观性决定了经验法则可在多场合反复复现、反复验证。通过案例解析,可以更好理解经验法则在命案办理中具有判断言词证据真假、排除不合理怀疑、强化指控效能的作用。

〔关键词〕命案;证据审查;经验法则

〔作者简介〕蒋涤非(1978—),男,云南昆明人,云南省人民检察院第二检察部副主任、三级高级检察官,法学博士,主要从事刑法学研究。

〔收稿日期〕2024-01-22

〔中图分类号〕D925.2 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)03-046-08

一、引言

案发现场有血泊没有尸体,能够证明被害人死亡吗?案发时间为深冬,警方在嫌疑人枪管内检出飞溅血迹,但没有发现被害人尸体,能够证明嫌疑人枪击杀人吗?

在“萨勒姆谋杀案”中,被害人踪迹全无,现场地毯下发现了大面积血泊,案件似乎无解,但李昌钰博士根据现场血痕的形状和面积,推算出形成那些血痕的血量约2000毫升,又根据失踪被害人的身高、体重计算出被害人全身血液总量约为4000毫升。一个人只要失血达到身体总血量的20%就有生命危险,现场血量占被害人身体血量的50%,足以间接证明被害人死亡^①。在“斯蒂夫·海夫林故意杀人案”中,被害人失踪,在嫌疑人海夫林车内检出疑似被害人的头发及血迹,在海夫林家中发现一把手枪,枪管内外侧都检出血迹。经检验枪口内有飞溅血迹,证实弹头在非常近的距离内击中裸露的皮肤。因为射击时,火药

燃烧产生的高温使气体膨胀,弹头飞出枪口后空气又迅速冷却,造成枪管内气体收缩、倒流现象。枪口与裸露的皮肤距离非常近时,倒流的空气会把伤口溅出的血液吸进枪管内。据此麦克唐奈博士推断,枪管中吸入血液,是因为弹头近距离击中了被害人皮肤的裸露部位。案发时值冬季,人体裸露部位只有头和手,手部中弹不会流出如此多的血液,因此被害人是头部中弹,而且是致命伤,间接证实了海夫林枪击被害人头部并致其死亡^②。

从上述案例可以看出,单纯的血泊、枪管内的血迹并不会自然而然地证明案件事实,从证据到事实必定经过推理。申言之,证据不是事实,从证据不能直接得出事实,证据到事实的中间过程需要经过推理,这是司法证明的基本原理。展开推理需要用到概括(generalization)。在证据分析学理论中,概括包括物理规则、自然规律、数理概率、科学试验及经验法则等^③。

①参见何家弘:《犯罪鉴识大师李昌钰》,北京:法律出版社1998年版,第47-60页。

②参见何家弘:《犯罪的密码——科学探案纪实》,北京:中国人民公安大学出版社2009年版,第87-126页。

③参见[美]特伦斯·安德森等:《证据分析(第二版)》,张保生等译,北京:中国人民大学出版社2012年版,第79-82页、第346-368页。

二、经验法则的概念及客观性特点

(一) 经验法则的内涵

经验法则 (Empirical Rule) 是指人们从长期的生活、生产和科学实践中,通过对客观外界各种现象的观察、识别和认知,在观念上形成的一种理性认识。它反映了事物之间的因果关系或属性状态,并在一定程度上具有普遍性和规律性。经验法则既可以作为事实推定的依据,也可以作为法律解释的工具。一般意义上,经验法则既包括普通人日常生活所归纳的常识,也包括某些专门性的知识,如科学、法律、技术、艺术、商贸等方面的知识、惯例、常习。经验法则概念最早在德国学者弗里德里希·斯坦 1870 年发表的论文《作为科学的心理学》中提出,他认为:“经验法则是心理学的真正基础,因为它们提供给我们关于外部世界的信息”;最早提出在证明活动中运用经验法则的人是英国法医学家威廉·赛缪尔·吉尔伯特,他在 1883 年撰写的《法医学报告》中提出,通过观察已知的个体,可以形成一些关于身体特征的普遍规律,这些规律可以用来识别未知的个体;最早提出在证明案件证据评价和认定中运用经验法则的人是英国证据法学家詹姆斯·惠特利,他在著作《证据的法则》中提出,经验法则是人们从生活经验中归纳获得的关于事物因果关系或属性状态的法则和知识,可以作为证明活动中证据评价和认定的基础^①。

经验法则在人类社会诉讼审判活动中的应用历史,可以追溯到古代。在古代,人们通过观察和归纳生活中的经验,已经形成了各种法则或知识,用于解决争议和纠纷。在以色列国王所罗门智断两妇女争儿案中,所罗门依据“真正的母亲会出于对孩子的爱和关心,不愿意看到孩子受伤或死亡”的经验法则,通过观察两个妇人的反应,正确判断出谁是婴儿的母亲。类似故事还有很多,无一不是古代先民运用经验法则解决生活问题的记录。这些故事基于当时的社会实践和

经验,形成了具有指导意义的法则。在现代法律体系中,经验法则仍然在诉讼审判活动中发挥着重要作用。法官在审理案件时,需要依据法律规定和经验法则,对证据进行评估和判断,确定事实和法律适用。如《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(2019 修正)第 10 条第(4)项规定,根据已知事实和日常生活经验法则推定出的另一事实,无需举证加以证明;《最高人民法院关于适用刑事诉讼法的解释》(2021 修正)第 88 条第 2 款规定,证人的猜测性、评论性、推断性证言,不得作为证据使用,但根据一般生活经验判断符合事实的除外;第 140 条规定,没有直接证据,但间接证据同时符合下列条件的,可以认定被告人有罪:(1)证据已经查证属实;(2)证据之间相互印证,不存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问;(3)全案证据形成完整的证据链;(4)根据证据认定案件事实足以排除合理怀疑,结论具有唯一性;(5)运用证据进行的推理符合逻辑和经验。

(二) 经验法则的客观性

目前,关于经验法则在证明活动中到底能起到什么样的作用,理论观点主要有以下几种。(1)独立证明作用论。该理论认为经验法则可以独立于案件证据之外,其本身就是一种证据。根据这种理论,经验法则本身可以作为证据来支持或否定某一事实。(2)间接证明作用论。该理论认为经验法则只能间接证明案件事实。根据这种理论,经验法则不能独立证明案件事实,只能通过其他证据来间接证明。(3)经验法则的验证和佐证作用论。该理论认为经验法则在证明活动中具有验证和佐证的作用。根据这种理论,经验法则不仅可以用来检验其他证据的真伪,还可以用来加强或削弱其他证据的证明力^②。综合来看,上述三种观点虽然在经验法则本身的证明能力上有不同认识,但均没有否认经验法则可以用于诉讼证明活动这一现实结论。

①以上有关经验法则概念的历史回顾源于“ChatGPT3.5”以及“百度文心 3.5 大模型”的回答综合。

②以上理论观点综述源于“百度文心 3.5 大模型”的回答综合。

事实上,经验法则之所以能够成为诉讼证明活动中的重要组成部分,成为案件事实推理证明的重要抓手,根本原因在于经验法则具有较强的客观性。经验法则的客观性是指经验法则所描述的现象或规律是否真实存在,是否具有普遍性和可重复性、可验证性。目前,学界对于经验法则的客观性有较为一致的认识。如德国学者认为,经验法则是从结果总数抽离而得出抽象规则,在观察典型事象经过时始终被确认^①。

经验法则的客观性,主要体现在以下几个方面。(1)经验法则大多基于日常生活经验,是对日常生活中常见现象和规律的总结和归纳。这些总结和归纳具有一定的普遍性和客观性,是普通人认识和理解世界,形成基本世界观的基础。(2)经验法则是人们在长期生活中逐渐形成的,具有一定的稳定性和持续性。在一定历史时期内,经验法则的基本内容不会发生根本性改变,这使得人们可以依据经验法则对事物进行相对稳定的判断和预测。(3)经验法则的客观性还体现在其背后的逻辑基础。经验法则通常是基于一定的逻辑推理和科学方法得出的,这些逻辑推理和科学方法本身具有客观性,不以人的意志为转移,可以作为人们判断事物的基础。

三、在命案证据审查中提倡经验法则的必要性

目前我国刑事司法中存在的机械司法现象,与不重视经验法则之间存在一定关系。一些司法人员在处理案件时过于依赖法律条文和证据规则,只收集证据而不分析证据,只关注证据资格而不分析证据内容,过度沉迷于法条、规则的“解释”,忽视了经验法则等非正式判断标准在司法审查、证据解读中的重要作用。这种机械司法的做法,不仅可能导致案件处理结果不符合实际情况和社会公正价值理念,也难以满足人民群众对司法公正和公平的需求。例如,部分司法人员将最严格的死刑证据标准错误理解为每一个命案都必须具有“最完备的证据体系,最齐全的证

据种类”,导致司法实践中出现一些难以处理的案件。云南玉溪田某明故意杀人案中,司法机关因无法找到田某明的作案工具,案件就不能适用死刑立即执行;轰动全国的云南昆明陈某故意杀人案中,警方虽然发现了抛尸现场,并在包裹尸体的塑胶袋上发现多枚属于陈某的潜血指纹,但因为既找不到杀人现场,也未找到杀人工具,司法机关最终认定嫌疑人陈某无罪。

作案工具找不到,杀人现场找不到,死者尸体找不到,这些都是命案办理的常态。“找不到”,案件就无法处理(或降格处理)。司法处理的结果变相告诉犯罪分子,只要把作案工具处理干净,犯罪现场清理干净,死者尸体消灭干净,就可以逃脱法网。事实上,当案件出现“找不到”的情况时,更需要思考的是如何在有限的证据条件下,通过经验法则的运用以及科学的证据解读构建证据推理链条,以证明案件事实,实现指控犯罪的目的。如果犯罪现场没有找到,但根据经验法则足以判断抛尸者就是杀人者(或分尸者就是杀人者),足以判断作案工具存在过,足以判断被害人已经死亡,那么案件中的证据体系就是完备的,证据种类就是齐全的,就是可以依法处理的案件。因此,重视经验法则的应用,对于促进司法公正、提高司法质效具有重要意义。

在这方面,被告人蒋某兴、薛某元抢劫案(“1987年舟山定海摘箬山特大杀人案”)一审公诉人发表的公诉意见非常具有代表性。公诉意见认为,从现场勘查和侦查实验等客观证据来看,6名被害人被被告人蒋某兴、薛某元锤杀,被害后稍有生命迹象的2名被害人又被用锤子补敲头部。船上到处都有血迹,特别是船舱内被害人睡卧的头部位置可见喷溅血迹,足见被害人头部受伤出血之多。被告人的行凶手段足以致被害人死亡。此外,气象资料显示,1987年3月中旬定海最高温度不足20℃,最低只有4℃,案发在晚上低温时段,海水的温度更低。在这种情况下,6名被害人被锤杀后捆绑,且以重达六七十斤的铁

^①转引自毕玉谦:《论经验法则在司法上的功能与应用》,载《证据科学》2011年第2期,第133页。

锚串绑后抛入海中,抛尸地点与最近的岸边相距1600 多米,不存在自救或被救的可能^①,足见二被告人非法剥夺被害人生命的故意。该公诉意见之所以掷地有声,具有强有力的指控力度,在于该意见的内在核心是生活常识,是经验法则。

四、在命案证据审查中运用经验法则的现实效用

经验法则的客观性决定了通过经验法则推理出来的事实结论也具有较强的客观性,可以为刑事诉讼过程中的证据审查提供非常大的帮助。

(一)辅助审查言辞证据的真实性

首先,通过经验法则可以对言辞证据进行单个审查和比对分析,判断其真实性。其次,经验法则可以用于判断言辞证据的合理性。在审查言词证据时,应关注其内容是否符合逻辑和常情常理。如果言辞证据违反了常情常理或常识,那么应引起司法机关高度重视,即不能一味围绕言辞证据展开“想象”,而是需要返回现场,回到客观性证据,综合其他证据进一步判明言辞证据的真伪。

如犯罪嫌疑人周某故意杀人案。案发现场在1 辆东风牌汽车驾驶室内。勘查现场时发现,该车左侧车门紧闭上锁,右侧车窗玻璃破碎;驾驶室右侧脚踏板地面可见部分粉碎性玻璃碎片,脚踏垫上有玻璃碎片和血泊;尸体横躺在车辆驾驶室座椅上,头部位于右侧车门边。搬动尸体后发现,尸体横躺的座位垫面上有大量碎玻璃,驾驶位顶部纤维板上有椭圆形弹孔1 个,车内有多颗死者断裂牙齿以及3 颗铁砂弹。尸检报告显示,死者颜面部双侧眉弓下至下颌下缘见大范围烟晕,双眼睑结膜充血,眼内见火药残渣;解剖颈部见左侧颈总动脉断离,静脉破裂;死者尸体火化后,在骨灰内找到7 颗铁砂弹。犯罪嫌疑人到案后供称,自己用火药枪戳击右侧车窗玻璃时,

枪支走火无意中打死被害人;用枪管戳击玻璃时没有看到车里有人,是过失犯罪。用经验法则对此案现场加以判断,就足以驳倒犯罪嫌疑人的辩解。一是我国生产的汽车驾驶位在车辆左侧,本案中破碎车窗在右侧,死者头部倒伏位置在右侧车门边。死者死于右侧车门位置而没有死于左侧驾驶位,恰恰说明凶手看到了驾驶员头部所处位置。因此,犯罪嫌疑人周某辩称自己戳击车窗时没看到车内驾驶员的说法不能成立。二是死者颜面部和颈部有大范围烟晕,多颗牙齿被击碎脱落,且大部分铁砂弹(7 颗)射入死者体内,可以判断是散弹型火枪抵近目标(小于等于30cm)射击造成。因此,犯罪嫌疑人周某辩称戳击汽车玻璃时无意走火,没看见驾驶室里有人,不是有目的对准目标射击的说法不能成立。三是死者尸体下方坐垫上有大量车窗玻璃碎片,尸检时死者双眼内检出火药残留但未检见玻璃碎屑,足以证实射击时枪口与被害人之间并未有玻璃隔离,车窗玻璃先破碎,死者后被打死。因此,犯罪嫌疑人周某辩称戳击车窗玻璃时枪支走火的理由不能成立^②。

(二)辅助犯罪现场重建,判断行为人的主观意图

经验法则在犯罪现场重建中可以起到重要作用。首先,犯罪现场中往往留下尸体和大量的痕迹、物品等证据,经验法则可以帮助证据审查者根据这些证据的特点和规律,判断哪些证据更具有可信度和价值。其次,经验法则可以帮助证据审查者对犯罪过程进行合理推断。通过对现场证据的分析和研究,结合已知的客观事实和经验法则,审查者可以推断出犯罪的时间、地点、手段、动机等涉及犯罪构成的重要信息。这些信息对于后续的犯罪指控、审判等工作具有重要指示作用。

①参见崔晓丽:《36 年前舟山海上特大抢劫杀人案宣判,检察机关披露办案细节》,载正义网,http://news. jcrb. com/jszx/202311/t20231121_2575388. html,最后访问时间:2023 年11 月25 日。

②法医学教科书中描述,按射击距离可以将枪弹创分为接触枪弹创、半接触枪弹创、近距离枪弹创(距人体约30cm 以内射击)、中距离枪弹创(来福枪约距人体1M 以内,滑膛枪约5M 以内)、远距离枪弹创。烟晕和火药颗粒的存在,可以作为认定射入口的依据,是近距离射击的指征。此外,如果弹头在射入人体组织前先穿过中间靶物,如玻璃、木板、塑料制品等,被击碎的中间物可随弹头一起射向人体,在创口周围形成类似火药斑纹的表皮剥脱和皮下出血。参见赵子琴,廖志钢,王英元等:《法医病理学(第四版)》,北京:人民卫生出版社2009 年版,第134 页、第137-138 页、第143 页。

在犯罪嫌疑人王某某故意杀人案中,案发现场被害人尸体呈头南脚东南蜷曲右侧卧位。尸检发现,死者右前额部有不规则钝器创口,左乳突后下缘和前下缘有2个类圆形钝器创洞,左颈部至左锁骨处有类圆形大小不同的钝器创洞7个(成对的6个创洞中间点间距均为4.5cm),左侧胸部共有大小不同的类圆形钝器创洞9个(成对的8个创洞中间点间距也是4.5cm),腰背部、左肩胛上缘近颈部处及与第2肋交界处有类圆形钝器创洞2个。犯罪嫌疑人王某某到案后供称,使用二齿钉耙挖过死者,但辩称自己是故意伤害,不是故意杀人。通过对现场勘验照片及尸检照片的观察,死者除1处创伤在右侧前额部外,其余钝器创洞都集中在身体左侧,且创洞分布较为密集。根据经验法则判断,势均力敌的双方对打(或被害人激烈抵抗)创伤会分布在身体两侧,不会密集在身体某一侧面,更不会集中在头颈部。死者身上的创伤集中在左侧上身,且头颈部最为密集,据此可以判断犯罪嫌疑人王某某用钉耙挖击死者时,死者已经倒地并失去抵抗能力。在此情况下,犯罪嫌疑人王某某仍持钉耙密集挖击死者致命部位,反映出王某某致人于死的主观故意。故犯罪嫌疑人王某某称自己的行为是故意伤害的辩解不能成立。

(三)排除过分怀疑,增强犯罪指控力度

经验法则在排除过分怀疑和不恰当怀疑方面也具有重要作用。首先,司法实践中很多证据都是间接的、主观的,例如证人证言、被害人陈述等。这些证据容易受到各种因素的影响,如个人情感、利益关系等。经验法则可以辅助我们判断这些证据的真实性和可靠性,排除一些不恰当或过分的怀疑。其次,一些案件中会出现看似矛盾的证据和事实,可能导致对相同证据得出不同的解读意见,提出一些怀疑。这时,经验法则可以帮助我们判断这些证据和事实的合理性和逻辑性,避免审查过程走弯路。

如犯罪嫌疑人李某故意杀人案。死者尸体被发现于道路过路桥涵洞口处。现场勘验发现,涵洞桥面距下方水面511cm,桥面围栏处有明显

擦痕,桥面外侧涵洞壁上方植物有向下倒伏折断痕迹;尸体衣不蔽体,呈大字形仰卧于涵洞口,胸、腹、腿部散落有干枯、新鲜的花叶、树叶;尸体周边河床未发现踩踏、蹬踏痕迹。尸检发现,死者背部皮肤没有拖擦痕和皮下出血,也没有挤压河床石头、沙砾形成的生活反应,体内检出一陌生男性精子DNA。该案在办理过程中,有观点认为,不能排除杀人与强奸行为由两人分别完成的合理怀疑,杀人者将死者从涵洞上方抛下后,另有他人在水道中对死者进行了性侵犯,因此DNA的所有者不一定是杀人者。根据生活经验分析,涵洞上方植物倒伏折断,尸体及尸体周围散落有干枯及新鲜花叶,可以判断尸体落下时,涵洞上方的花叶随之一并落下(新鲜花叶无外力不可能意外脱落);同时,散落在尸体上及尸体周边的干枯、新鲜花叶事实上形成一个现场保护的物理屏障,且现场勘验时没有发现河道周围有踩踏痕迹。因此可以肯定,死者尸体被抛下后没有被其他人接触过,更谈不上对死者尸体进行侵犯,因此可以否定此种合理怀疑。

又如犯罪嫌疑人周某某强奸、故意杀人案。死者尸体被发现于路边废弃、毁损房屋内,被石棉瓦、建筑垃圾覆盖。勘验发现,死者尸体呈性交状态,头部贴近一侧墙面,有明显被钝物打击伤痕,墙面有大面积喷溅血迹;死者双手和身体均没有明显伤痕,体内经DNA检测检出一陌生男性DNA。犯罪嫌疑人到案后供称,因为被害人是精神疾病患者没有人管,所以乘夜与其发生关系。但自己没有杀人,另有他人在其离开房间后进屋杀人。司法机关分析后认为,首先,如果杀人者在犯罪嫌疑人强奸后进入现场杀人,由于死者身体仍保持性交状态,即死者被杀时尚未从被性侵状态中清醒过来,从被性侵到被杀害时间短促,可以肯定杀人者与犯罪嫌疑人进出屋时一定会相遇,杀人者和犯罪嫌疑人双方具有强奸被害人的共同犯意,是共同犯罪。其次,现场勘验证明尸体呈现性交姿势,说明死者生前最后一个身体动作就是性交。如果犯罪嫌疑人所说属实,那么其他人进入房屋时死者应当有相应的遮盖身

体、掩饰隐私、整理衣物等本能动作,甚至面对二次侵害,会有相应的抵抗动作,这些行为都是人——特别是女性被性侵害后——生理上的本能行为。但死者至死都保持性交姿势,并没有出现上述动作,说明死者没有受到二次侵害。最后,如果第三人进屋后既强奸又杀人,那么死者体内应检出不止一人的DNA。因为犯罪嫌疑人发生性关系在先都能检出精子DNA,那么后发生性行为者的DNA当然也能被检出。因此,犯罪嫌疑人所说的第三人作案缺乏经验法则的支撑,无法成立合理怀疑,故不能采信。

(四)辅助判断鉴定意见

当出现鉴定意见矛盾时,经验法则可以用于辅助判断是否应当采信鉴定意见。例如,当两份对行为人作案时精神状态的鉴定意见存在矛盾时,审查者可以通过经验法则对嫌疑人作案过程中的具体行为状态进行分析,辅助判断对鉴定意见的取舍。此外,经验法则还可以用于对鉴定意见进行补充或修正。在某些情况下,鉴定意见可能存在错误或不足之处,此时经验法则可以帮助审查者对鉴定意见进行补充或修正。

例如犯罪嫌疑人计某故意杀人案。犯罪嫌疑人计某与被害人系同性恋,因被害人欲与计某断绝关系,犯罪嫌疑人计某因爱生恨杀死被害人。犯罪嫌疑人计某归案后,侦查机关发现其有语言与智力残疾,先后委托两家鉴定机构对计某作案时的精神状态进行鉴定,但两家机构出具了相互矛盾的鉴定意见。甲鉴定机构认为,犯罪嫌疑人计某作案时无刑事责任能力;乙鉴定机构则认为,犯罪嫌疑人计某作案时具有完全刑事责任能力。经分析,乙鉴定机构的鉴定意见更符合经验常识。一是预谋作案。因死者较犯罪嫌疑人计某高大强壮,故犯罪嫌疑人计某作案前准备了面具、头套、扎手带、电棍及匕首、菜刀等工具,作案时间选择在深夜,在被害人熟睡后动手杀人。二是作案步骤明确,行为极其冷静。犯罪嫌疑人计某先用电棍电晕被害人,然后用扎手带捆扎被害人双手防止其反抗,之后用匕首扎刺被害人,

最后用菜刀割喉将被害人杀死。三是作案后逃离现场,掩饰罪行。犯罪嫌疑人计某杀人后清洗作案工具,洗澡更衣,之后利用手机订飞机票逃回老家,还假扮死者向其家属报平安。死者朋友给嫌疑人计某发微信时,计某假作惊讶表示不知情。综合考量犯罪嫌疑人计某作案前后的行为表现,其在作案过程中意识清醒、行动连贯,具有高度辨认和控制能力,并未表现出精神疾病患者的行动征象。此外,犯罪嫌疑人计某虽然有语言功能残疾,但能看、能听、能写;虽然智商较低(韦氏智商67),但生活能够自理,且能以普通人身份参与社会生活。因此,乙鉴定机构的鉴定意见更符合本案中犯罪嫌疑人计某的精神、行为状态。

又如被告人连某青故意杀人案(《刑事审判参考》指导案例第1286号)。根据S市精神卫生中心诊断,被告人连某青为持久妄想性障碍;浙江省立T医院鉴定,被告人连某青虽患有疑病症,但未达到妄想程度,作案时意识清晰、动机现实,辨认和控制能力存在,具有完全刑事责任能力。对于两份相互矛盾的鉴定意见,裁判理由指出,被告人连某青作案对象明确,作案思路清晰(发现杀错人后及时停止行凶);被告人连某青作案时具有很强的自我保护意识(作案时鞋子甩掉了,离开后又返回穿鞋);被告人连某青归案后第一次供述就详细交代了作案过程及就医情况,此后供述稳定一致,与在案其他证据证实的情况能够相互印证,反映其作案时意识清醒。因此,浙江省立T医院的鉴定意见论证合理,结论客观准确,鉴定程序合法,人民法院审查后依法予以采信^①。

五、实践中运用经验法则的基本要点

命案办理事关重大,尤其需要慎重。通过上述案例分析,可以看出使用经验法则能够帮助证据审查者跳出“只收集证据不分析证据”“只关注证据资格不分析证据内容”的怪圈,为命案办理提供较大助力。本文认为,以下是运用经验法则

①参见最高人民法院刑事审判第一至五庭:《刑事审判参考》(第117集),北京:法律出版社2019年版,第24-30页。

初步进行命案证据审查的要点。

(一) 关注细节信息

经验法则的分析、推理通常需要建立在对细节信息提取和分析的基础上。在审查证据时,要特别注意那些看似微小但可能影响案件事实的重要细节信息,如创口分布位置,作案工具在现场的位置,尸体上的覆盖物,等等。这些细节信息不仅记录在现场勘验笔录、尸体检验报告上,还会反映在照片上、现场录音录像里。审查人需要仔细审读,准确提取有用信息。换言之,在证据审查者眼里,现场的一草一木、一砖一瓦,尸体上的一丝一线都非常重要。

(二) 重视客观证据和犯罪现场的意义解析

经验法则的分析判断倾向于从客观证据、从犯罪现场入手。因为只要有犯罪行为,现场必然会留下痕迹,这是洛卡德物质交换原理的必然结论。因此,犯罪现场发现的所有客观证据、现场痕迹,都是犯罪行为遗留下来的犯罪见证(甚至可以说,犯罪现场也是客观证据的一种)。这些犯罪见证并不会开口说话,甚至现场勘验笔录、尸体检验报告也不会穷尽对每一个犯罪见证的解读。闵建雄教授指出:“在现场勘查笔录中,不会强调特定的翻动行为和愧疚行为;在尸体检验鉴定文书中,不会指出颜面存在试探性损伤”^①。因此,证据审查者需要在刑事侦查技术分析文书的基础上,通过这些犯罪见证,结合经验法则的推理、判断,对犯罪现场、客观物证进行意义再解析。只有这样,才能真正将案件性质吃透,使得出的事实推理结论更具客观性。

(三) 反向审视言辞证据

证据审查者需要运用经验法则推理所得的事实结论,对在案言词证据(嫌疑人供述以及证人证言)进行分析比对和互验,由客观到主观,这样不仅可以检验言词证据的内容是否真实、可

采,及时排除不当怀疑,还可以根据言词证据反映情况,及时发现经验法则推理过程中的错误及不完善处,并及时加以修正,以进一步强化证据审查的说理性。

(四) 综合运用多种经验法则

不同的经验法则适用于不同类型的证据。在审查证据时,要根据具体情况选择适用的经验法则。如创口类的经验法则只适用于尸表分析,枪弹类的经验法则只适用于枪击案件证据分析,生活习惯类经验法则只适用于特定人群的行为分析,等等。因此,在命案办理中,证据审查者一方面要深入研究案件发生的背景、生活民俗,另一方面还要广博学习法医、物证、痕迹分析方面的基本知识。只有这样,才能做到案件审查中得出的推理结论有理论支撑,锚定基础更加扎实^②。

(五) 避免偏见,及时纠错

经验法则并非毫无短板弱项。证据审查中,运用经验法则时一定要避免偏见;推理结论有错时,必须及时纠偏。

首先,经验法则是一种基于过去经验和知识所形成的判断,既具有普遍性,也具有个体性。由于个体的学习能力、认知能力不同,因此每个个体所拥有的经验法则知识库并不相同,可能导致不同个体对同一问题、同一证据的分析判断不同。例如2002年,心理画像师凯佩尔根据自己的经验以及HITS系统(计算机凶杀案调查跟踪系统)的数据识别,认定警方提供的12起杀人案件系一人所为;但另一名画像师布伦特·特维则指出,HITS系统数据不全且有漏报、误报、虚报情况,因此判断该12起案件是一人所为的结论错误^③。

其次,经验法则推理涉及大量的感觉、直觉,往往难以用精确的数量表示,因此经验法则推理

①转引自刘世权:《强化证据动态分析,高质效办好每一起重罪案件》,载《检察日报》2023年6月21日,第03版。
②“锚定叙事理论”认为,每项证据都需要得到进一步的证实,直至被安全地锚定在某项鲜有争议的普遍规则上,因为法庭上所有参与方都会在当前案件中接受这项规则。这些普遍规则通常都是生活中的常识性事实。我们之所以愿意接受某个论证,是因为我们自然而然地相信支持这个论证背后的规则,即使存在可能使我们反对甚至拒绝接受它的例外情况。参见^[荷]威廉·A·瓦格纳,彼得·J·范科本,汉斯·F·M·克罗伯格:《锚定叙事理论——刑事证据心理学》,卢俐利译,北京:中国政法大学出版社2019年版,第48页。
③参见^[美]布伦特·特维:《犯罪心理画像——行为证据分析入门(原书第四版·上)》,北京:知识产权出版社2021年版,第87-91页。

有一定的不确定性。

再次,一些经验法则的适用具有特定的地域性、民族性,适用经验法则时需要了解该经验法则的来源、适用范围,是否有特定限制,避免出现推理错误。如美国联邦调查局 1998 年发布的《统一犯罪报告》显示,若凶杀案受害人为白人女性,其中 86% 案件中的罪犯都是白人男性。尽管这一统计数据比较引人注目,但并不意味着某一年内的所有凶杀案都是由男性犯下的。仅因为统计数据认为大多数凶杀案都是男性所为,故假定并推断当前案件的凶手一定是男性,这种做法是

不道德的^①。

最后,经验法则是一个动态的发展过程,会随着社会的发展变化而变化。不同时期经验法则的内容也会有所不同。如古代传统中“女人要裹脚”,这样的经验传统在当下社会就不适用。因此,适用经验法则推理时不能固执己见,要确保使用的经验法则是可靠的,是符合案件发生背景条件的。

【责任编辑:高 锋】

Analysis of the application of empirical rules in the examination of evidence in homicide cases

Jiang Difei

(Yunnan Provincial People's Procuratorate, Kunming Yunnan 650228, China)

Abstract: Evidence does not equal facts. The empirical rule is an important tool for connecting evidence to factual reasoning. The reason why empirical rules can become an important tool in litigation proof activities is that empirical rules have strong objectivity. The objectivity of empirical rules determines that they can be repeated and verified in multiple situations. Through case analysis, we can better understand the role of empirical rules in determining the authenticity of verbal evidence, eliminating unreasonable doubts and strengthening the effectiveness of accusations in handling homicide cases.

Key words: homicide case; examination of evidence; empirical rule

^①参见[美]布伦特·特维:《犯罪心理画像——行为证据分析入门(原书第四版·上)》,北京:知识产权出版社 2021 年版,第 75 页。

走私麻精药品犯罪案件“医疗目的”之认定

但 宇

(上海市松江区人民检察院,上海 201620)

〔摘 要〕当前,走私麻醉药品、精神药品犯罪案件呈多发态势,严重侵害了社会管理秩序和公众健康二元法益。“医疗目的”作为判断罪与非罪的重要标准,对涉毒犯罪治理具有重要意义。走私麻醉药品、精神药品犯罪对于“医疗目的”的认定,应基于法益保护角度,聚焦“医疗目的”的文义解释与法理解释,准确判断走私麻醉药品、精神药品行为是否侵害公众健康。在办理案件时,应根据行为人自诉疾病、药物用途、购药原因,分类审查行为人是否确诊疾病、药品是否对症治疗、是否自用等要素,合理构建走私麻醉药品、精神药品犯罪案件“医疗目的”之认定标准。

〔关键词〕走私毒品;麻精药品;医疗目的;非法流通;法益保护

〔作者简介〕但宇(1988—),男,安徽霍山人,上海市松江区人民检察院第二检察部检察官助理,主要从事刑事检察业务研究。

〔收稿日期〕2024-03-22

〔中图分类号〕D924.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)03-054-06

一、问题的提出

伴随毒品类型与交易手段的更新换代,毒品犯罪的类型也不断发生新变化。当前,走私、贩卖、运输、制造毒品案件的数量占涉毒犯罪总数的七至八成,且毒品种类从以传统毒品为主转向以新型毒品为主,其中麻醉药品、精神药品(以下简称麻精药品)类新型毒品犯罪占比逐步上升,滥用药物导致成瘾的现象较为突出^①。如何精准打击麻精药品类新型毒品犯罪,成为当前涉毒案件治理的重要任务。

由于麻精药品兼具毒品与药品的双重属性,走私麻精药品的行为能否被认定为走私毒品罪,向来是司法实务中的难点,其中较为复杂的问题之一就是“医疗目的”的认定。涉嫌走私毒品犯罪的当事人往往辩称其购买麻精药品是出于治疗疾病等医疗目的,试图以此出罪。尽管最高人民法院2023年发布的《全国法院毒品案件审判

工作会议纪要》(以下简称《昆明会议纪要》)进一步细化完善了2015年《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》(以下简称《武汉会议纪要》)中涉及医疗目的的相关条款,规定了涉麻醉药品、精神药品行为若出于治疗疾病之需要,则存在不认定为犯罪的可能,但其条文表述仍较为原则,难以应对实践中纷繁复杂的走私麻精药品的行为。

具体而言,根据《昆明会议纪要》的规定,确有证据证明出于治疗疾病等相关目的,违反有关药品管理国家规定,未经许可经营国家规定管制的、具有医疗等合法用途的麻精药品的行为,不以毒品犯罪论处;因治疗疾病需要,在自用、合理数量范围内携带、寄递国家规定管制的、具有医疗等合法用途的麻精药品进出境的,不构成犯罪。但《昆明会议纪要》本身并未对“医疗目的”的外延作出明确界定,这使得相关条文在适用上仍存在较大的不确定性。对于走私麻精药品犯

^①参见天津市第三中级人民法院:《毒品犯罪案件审判白皮书》;苏州市中级人民法院:《毒品犯罪案件审判工作白皮书(2019—2021)》;上海市闵行区人民检察院:《涉毒品刑事案件白皮书》;上海市静安区人民检察院:《新型毒品犯罪典型案例白皮书》等。

罪而言,持有医生处方并依照处方从境外购买相关药物的行为自然符合《昆明会议纪要》所规定的“医疗目的”,然而,实践中还存在未经医疗机构诊断购药、非对症购药等其他情形,对此类行为的性质如何认定分歧较大。从条文沿革来说,《昆明会议纪要》在《武汉会议纪要》的基础上,进一步明确了在医疗目的下走私自用合理数量的麻精药品不构成犯罪,然而站在严厉打击毒品犯罪的立场,需要严格限定出罪范围,对于“医疗目的”等概念进行精准界定。当前,受国际寄递业发达、互联网交易频繁、网络问诊服务成熟等因素影响,对于走私麻精药品的事实认定产生了新的疑难问题。为此,需要对相关法律条文作进一步解释,划清认定麻精药品“医疗目的”的明确标准,从而统一司法适用,提高走私麻精药品类毒品案件的办案质效,进一步织密禁毒防护网。

二、走私麻精药品犯罪的法益分析

犯罪的实质是对刑法保护法益的不法侵害,相应地,刑法的目的即为保护法益。对《昆明会议纪要》条文的理解与适用,必须以走私毒品罪所保护的法益为中心,否则就会偏离刑法制定相关罪名的原有意图,造成体系上的混乱。

(一) 对于社会管理秩序的保护

从体系解释的角度看,与其他类型的走私犯罪被设置于“破坏社会主义市场经济秩序罪”章节下不同,走私毒品罪被设置于刑法分则第六章第七节,即属于“妨害社会管理秩序罪”的范畴,这体现出走私毒品行为的特殊性。由于毒品本身具有成瘾性,其非法流通所造成的社会危害性极大,国家对此设定了更加严格的管控制度。换言之,“社会管理秩序”当然属于走私毒品罪应当保护的法益,这也是传统刑法理论对于毒品犯罪保护法益的观点^①。

根据《中华人民共和国禁毒法》(以下简称《禁毒法》)第2条规定,毒品是指鸦片、海洛因、

甲基苯丙胺(冰毒)、吗啡、大麻、可卡因,以及国家规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品。由于不当使用麻精药品存在较大的健康隐患及成瘾风险,加之具有镇静作用的管制类精神药品容易引发昏迷式抢劫、迷奸等次生犯罪,给正常的社会管理秩序带来巨大风险隐患。为保护正常的生产生活秩序,国家对于麻精药品的买卖、运输等活动进行了严格管制。《禁毒法》第22条规定,国家对麻醉药品、精神药品和易制毒化学品的进口、出口实行许可制度。在不具备合法用途的情况下携带、寄递国家规定管制的麻精药品进出境,无疑违反了国家毒品管制法律法规和海关监管制度,侵害了社会管理秩序。

(二) 对于公众健康的保护

仅将毒品犯罪的客体认定为国家对毒品的管理制度,既无法完全反映毒品犯罪本身的危害,也无法说明毒品犯罪的立法目的、处罚范围、违法程度差异等重要内容^②。走私毒品行为除了会带来潜在的毒品非法流通、泄漏等风险外,还会给社会公共健康带来巨大威胁,所以国家对于毒品严格管制的目的,不仅在于打击毒品犯罪本身,还在于防止毒品泛滥产生更为严重的社会危害后果。因此,走私毒品罪的法益并非简单客体,而是包含了公众健康保护的复杂客体。

毒品本身具有复合属性,即药理属性与法律属性,前者着重强调毒品的成瘾性,后者则侧重于国家管制性。单一的社会管理秩序保护说仅考虑了毒品的法律属性,未能涵盖毒品因其自身化学性质导致被吸食后对人体器官组织的毒害,或者说对公民生命健康权的侵害。毒品危害的真正本源为其药理性,因此毒品犯罪侵害的是二元法益:首先是基于毒品的成瘾性和毒害性而对国民生命健康权益的保护;其次是因毒品产生的次生危害而对社会管理秩序的保护^③。从比较法的角度看,德日等国对将公众健康纳入毒品犯罪

①参见高铭喧,马克昌:《刑法学》,北京:北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第591页。
②参见张明楷:《代购毒品行为的刑法学分析》,载《华东政法大学学报》2020年第1期,第7-8页。
③参见伍晋:《毒品犯罪刑罚适用研究》,重庆:西南政法大学博士学位论文,2020年。

的保护法益亦持赞成态度^①。基于毒品的药理性特点,其一旦被吸食或滥用会严重侵害公众健康,具有严重的社会危害性,因而产生了惩罚毒品犯罪的必要性与正当性。

三、走私麻精药品行为中“医疗目的”的外延界定

(一)“医疗目的”的文义解释

我国现行立法未对“医疗目的”作出明确解释,但《中华人民共和国基本医疗卫生与健康促进法》第15条对基本医疗卫生服务所作的定义,可以为准确把握“医疗目的”提供一定参考。根据该条规定,基本医疗卫生服务是指维护人体健康所必需、与经济社会发展水平相适应、公民可公平获得的,采用适宜药物、适宜技术、适宜设备提供的疾病预防、诊断、治疗、护理和康复等服务。据此,“医疗目的”所指向的应当是出于维护人民群众身体健康目的而涉及的疾病预防、诊断、治疗、护理和康复等行为。

根据《现代汉语词典》进一步考察“医疗”一词本身的概念,“医疗”是指疾病的治疗。据此笔者认为,“医疗目的”的认定需要满足两个条件:一是医疗对象应当为官方认定的疾病^②,而非亚健康状态或未达到疾病诊断标准的身体不适;二是医疗用途应当为针对疾病的治疗,利用药品达到提神、助性等衍生目的不属于医疗行为的涵盖范围。

(二)“医疗目的”的法理解释

如前所述,基于走私毒品罪的客体复杂性,在考察走私麻精药品行为时,不应对立法目的作一元化解释。在判断走私行为可罚性时,除了要考察行为是否侵害了社会管理秩序外,还需要分析行为是否对公众健康产生了值得刑法介入的社会危害。只有在同时侵害了社会管理秩序与公众健康利益的情况下,走私麻精药品行为才产生科以刑罚的正当性,刑法打击毒品犯罪的多元

目的才会充分实现。换言之,对于走私麻精药品行为“医疗目的”的外延界定,同样应当置于此种分析框架下。

具体而言,尽管走私麻精药品犯罪毋庸置疑侵犯了国家毒品管制法规和海关监管秩序,但我们必须对其是否对公众健康产生危险进行判断。倘若走私麻精药品的行为并未侵害公众健康,不能对其以毒品犯罪进行刑事处罚;倘若单纯的走私情节已达到追诉标准,则应以走私犯罪追究其刑事责任。《昆明会议纪要》正是基于这一原理,对涉麻精药品犯罪的“医疗目的”作出了特殊规定。有观点认为,走私麻精药品行为是否对公众健康产生侵害,主要取决于走私后是否存在二次扩散行为,若不存在二次扩散则必然不侵害公众健康。笔者对此不予认同。二次扩散固然是对公众健康的侵害,但从境外走私国家管制的麻精药品的行为本身,即是对公众健康造成风险的行为,不管是自用还是二次扩散,都创设了刑法所不允许的危害可能性。因此,对于公众健康的危害,并不必然取决于有无二次扩散,而是基于非医疗目的的走私行为本身就具有刑事可罚性。

四、“医疗目的”的司法认定难点及其破解

在司法实践中,对于“医疗目的”的认定存在着不同观点。较为保守的观点认为,从严厉打击毒品犯罪的角度出发,应当对“医疗目的”的认定制定较为严格的标准,即犯罪嫌疑人已在医疗机构被确诊疾病并由医疗机构出具相应的麻精药品处方,只是因价格或其他原因而私自从境外购买。在这种情况下,只要排除其将购得的药品用于违法犯罪活动,就可以认定其具有“医疗目的”。但在司法实践中,由于精神类疾病确诊难度较大以及麻精药品在我国受到严格管制的原因,满足这一标准的案件数量极少,绝大多数走私麻精药品案件并不属于这种理想状态。以如此严格的标准来认定“医疗目的”未免过于机械,

①参见[日]山口厚:《刑法各论》,东京:有斐阁2010年版,第413页;[德]克劳斯·罗克辛:《刑法总论》(第一册),慕尼黑:贝克出版社1997年版,第17页。

②实践中,疾病多根据国家医疗保障疾病诊断相关分组予以诊断。

会导致大量走私麻精药品案件的处理结果与社会公众的认知不符,也与《昆明会议纪要》中关于麻精药品规定的本意相悖。因此,有学者和司法实务人员认为,“医疗目的”作为一个事实判断问题,应当结合数量和情节上的证据予以综合性判断,证据审查应当针对犯罪嫌疑人的就医、就诊记录等作出判断。对于无法作出合理解释、数量明显超出个人自用标准的情形,以走私毒品罪论处^①。笔者赞同第二种观点,对于“医疗目的”的认定应结合全案证据综合判断。具体而言,办理走私麻精药品案件,应重点从以下三个方面对“医疗目的”进行认定。

(一) 是否确诊疾病

判断“医疗目的”,首先应当确认犯罪嫌疑人确实患有某类疾病,若没有疾病自然不存在“医疗目的”。在走私麻精药品案件中,犯罪嫌疑人到案后往往会辩称自己患有精神类疾病,但很多人并未经过医疗机构诊断。例如,很多自称患有抑郁症、多动症的犯罪嫌疑人,仅仅通过网络自测等方式认定自己患病。对于此类案件,笔者认为应当视情况予以判断。

1. 精神类疾病应提供医疗机构诊断证明

对于抑郁症、多动症等精神类疾病,应当要求犯罪嫌疑人提供医疗机构的诊断证明。精神类疾病的诊断有严格的流程,当前常用的诊断指南包括 ICD(《国际疾病分类》)、DSM(《精神障碍诊断与统计手册》)、CCMD(《中国精神障碍分类及诊断标准》),三者都对诊断标准作出了严格界定。仅依靠患者自述并不足以认定其患有精神疾病。从医学角度讲,抑郁症、焦虑症患者除了表现出精神方面的症状,还会伴随出现躯体化症状或惊恐发作等躯体不适的情况^②。医学实践中,对于抑郁症、焦虑症等常见疾病的诊断,主要通过 SDS、HAM - A、SCL - 90、SAS 等量表测量并结合医生评估、生化指标完成。对于仅有事

前自测行为的情形,由于量表在设计时通过设置混淆项等方式来保障结果的可靠性,加之对其数据的评估需要由专业医师结合患者个体情况,在实地问诊的基础上进行体系化、规范化的解读,因此,在缺乏专业知识与规范指导的情况下,网络自测量表的可靠性存在疑问,行为人仅以网络自测结果来证明“医疗目的”,其理由是不充分的。倘若犯罪嫌疑人仅因为主观臆想患有疾病而从境外走私麻精药品,显然会造成麻精药品的失控和滥用,不能认定为具备“医疗目的”。此外,司法实践中还存在另外一种情况,即犯罪嫌疑人在走私麻精药品前未就诊,但事后得到了医疗机构的确诊。考虑到精神类疾病的复杂性以及患病时间上可能存在的持续性,本文认为,这种情况可以被认定为具备“医疗目的”。

2. 诊断方式较为主观的精神类疾病可适当降低证明标准

对于睡眠障碍等诊断较为主观的精神类疾病,或是因为疼痛而购买具有镇痛作用药物的情况,可适当降低证明标准。因为根据一般的社会常识,此类疾病的患者未经医疗机构诊断而自行通过非正常渠道购买药物的情况较为普遍。如果一定要求患者在确诊后购药未免过于严苛。对于此类案件,嫌疑人即使未经医疗机构诊断,但购买数量经查实未超出医疗合理用量的,仍可被认定为出于“医疗目的”,不宜作为违法犯罪处理。对于医疗目的的认定,要避免违背社会公众的一般认知^③。

3. 非医疗用途不符合“医疗目的”要求

对于提神醒脑、减肥(非病理性肥胖)等用途,如前文所述,这些用途根本不符合“医疗”的定义,仅仅是利用麻精药品产生的副作用达到衍生目的,自然不能被认定为“医疗目的”。值得注意的是,由于精神类疾病的复杂性,一些犯罪嫌疑人并未意识到自身患有某类疾病,未到医疗机

^①参见林俊杰:《严格区分“非法用途”和“医疗目的”》,载《检察日报》2022 年 10 月 11 日,第 7 版。
^②参见杨晓帆,夏美艳,陈培等:《神经内科抑郁障碍患者的识别情况及其影响因素》,载《中国药物经济学》2013 年第 9 期,第 345 - 346 页。
^③参见周健,肖先华:《非法贩运麻醉药品、精神药品行为的司法认定》,载《中国检察官》2022 年第 20 期,第 301 页。

构就诊,在为自己辩解时自然无法准确解释自己的用药需求。例如,嗜睡症是一种精神类疾病,但一些患者往往认为自己只是精神欠佳、爱打瞌睡,这就需要通过医疗机构诊断来判断走私行为究竟是治疗疾病所需,抑或只是滥用药物提神。

(二) 药品是否对症治疗

麻精药品之所以能够让人形成瘾癖,是因为这类药品往往通过刺激或抑制中枢神经的方式达到治疗效果。这一特点使得使用麻精药品时往往出现一种情况,即治疗 A 类疾病的药物被 B 类疾病患者用来改善病情,也就是俗称的“药不对症”。这一情况在走私麻精药品案件中较为普遍。因此,在认定“医疗目的”时,需要对药品的性质进行分析判断。

以此类案件中常见药品“莫达非尼”和“利他林(哌甲酯)”为例。这两种药品均为中枢神经兴奋剂,但适应证各不相同:“莫达非尼”是一种促醒剂,用来治疗嗜睡症;“利他林”则被用来治疗注意缺陷多动障碍,即俗称的“多动症”。倘若犯罪嫌疑人确诊相应疾病的情况下,购买这些药物用以对症治疗,认定“医疗目的”自然不存在障碍;但在司法实践中,很多抑郁症患者会从境外购买这两类药物进行治疗,这种情况是否可以被认定为出于“医疗目的”,笔者认为不能,理由有以下两点:

1. 非对症用药是另一种形式的麻精药品滥用行为

以抑郁症患者为例,国内医疗机构治疗抑郁症时,通常会开具“盐酸舍曲林”等非管制类药物。但患者往往认为这些药物效果不好,通过网络检索、病友介绍等方式了解到“莫达非尼”“利他林”等药物,进而从境外购买服用。虽然患者主观目的是为了治疗自己的精神疾病,但客观上看,非对症用药并非发挥药物本身的疗效,而是利用药物对中枢神经的刺激作用获得一定精神改善效果。在未获得管制药品处方、无专业医疗人员指导下私自购买、服用与其症状不符的麻精药品,极易产生瘾癖或者造成其他不良反应,事实上构成了对前文所述公众健康法益的

侵害。

2. “医疗目的”不宜作扩张解释

倘若认可非对症用药为具有“医疗目的”,则会不可避免地陷入“滑坡理论”陷阱。近年来,人们愈发关注精神健康,辅以更先进的医疗技术,确诊的精神类疾病患者数量越来越多,确诊的疾病种类也是五花八门。在这种情况下,如果认可非对症治疗为“医疗目的”,则走私麻精药品的犯罪嫌疑人到案后,不论其走私的麻精药品种类和疗效如何,均可以自己患有某种精神类疾病为由提出抗辩。这显然不利于打击麻精药品的滥用。“医疗目的”作为毒品犯罪这一重罪的出罪理由,在认定标准上不宜过度扩张。

基于上述理由,笔者认为,在确诊患有某类疾病的情况下,购买的麻精药品应当是经科学论证的对应治疗药物,否则就是对麻精药品的滥用,不能认定为出于“医疗目的”。需要强调的是,虽然非对症治疗不能被认定为“医疗目的”,但从刑法谦益性和宽严相济刑事司法政策的角度出发,应当考虑此种情况下进行刑事追责的必要性。对于犯罪嫌疑人来说,从境外走私不对症的药物进行治疗,不管是基于何种原因未使用对症药物,如果查明其目的确实是通过自用来改善病情,这种走私行为造成的社会危害性是极其有限的。在办理此类案件时,对于情节较轻的嫌疑人可以考虑适用情节轻微不起诉,以实现法律效果和社会效果的统一。

(三) 是否自用

嫌疑人确实患有疾病,从境外购买的药品也与其症状相符,是否能被认定为出于“医疗目的”,答案显然是不能。患者和吸毒者之间往往只有一墙之隔,很多患者在治疗过程中对药物形成依赖,进而通过超剂量服用药物获取快感,此时服药行为就演变为吸毒行为。因此,走私后的行为也是司法审查的重点。具体而言,主要审查有无将麻精药品作为毒品吸食或进行转卖等扩散行为。

对于将麻精药品作为毒品吸食的行为,可通过以下两点标准判断。一是购买的数量和频次。

对麻精药品一旦形成瘾癖,常规治疗的用量无法满足患者(吸毒者)的需求,必然通过超剂量服用来获取快感。由于药品存在保质期限,将药品用作治疗目的犯罪嫌疑人通常会少量、多次购买,以满足自己的治疗需求,购买的上家也较为稳定;而将麻精药品作为毒品吸食的犯罪嫌疑人往往会联系多名卖家,短期内购入大量麻精药品。二是鉴定机构对其进行体内毒品成分鉴定。与传统毒品不同,麻精药品在人体内代谢速度较快,在没有超剂量服用的情况下,可能数日前服用的麻精药品即无法在尿液、毛发中检出。因此,对犯罪嫌疑人体内毒品成分的鉴定结果,可以在一定程度上帮助办案人员进行判断。

对于扩散走私的麻精药品的行为,则需要分情况认定。如果只是病友之间分享药品的行为,扩散范围局限在有医疗需求的患者之间,这种情况并没有危害公共健康法益,不具有刑事可罚

性;如果是向非特定人员扩散,不论是否牟利都造成了麻精药品脱离管制的后果,则应当追究其刑事责任。如果系无偿赠与,应在否定“医疗目的”的前提下,追究其走私毒品的刑事责任;如果系有偿转让,还应追加贩卖毒品罪的罪名,以完整评价其犯罪情况。

五、结语

近年来,公安机关基于严厉打击毒品犯罪的原则,对从境外购买麻精药品的犯罪嫌疑人普遍立案调查并移送起诉,导致该类案件的数量大幅增加。检察机关在审查此类案件时,应当深刻领会《昆明会议纪要》所体现的精神,准确认定“医疗目的”,避免机械的“法条式执法”,力争实现法律效果和社会效果的统一。

【责任编辑:高 锋】

Determination of “medical purpose” in criminal cases of smuggling narcotic drugs and psychotropic drugs

Dan Yu

(Songjiang District People's Procuratorate of Shanghai, Shanghai 201620, China)

Abstract: At present, the number of criminal cases of smuggling narcotic drugs and psychotropic drugs is increasing, which seriously infringes on the dual legal interests of social management order and public health. “Medical purpose” is an important criterion for judging whether a case is a crime or not, so it is of great significance to the governance of drug-related crimes. The identification of “medical purpose” in the crime of smuggling narcotic drugs and psychotropic drugs should be based on the protection of legal interests, focus on the literal interpretation and legal interpretation of “medical purpose”, and accurately judge whether the smuggling of narcotic drugs and psychotropic drugs infringes on public health. When handling cases, the perpetrator's self-reported disease, drug use and reason for purchasing drugs should be classified and examined to determine whether the perpetrator has a confirmed disease, whether the drug is symptomatic and whether it is for self-use, etc., so as to reasonably construct the identification standard of “medical purpose” in the criminal cases of smuggling narcotic drugs and psychotropic drugs.

Key words: drug smuggling; narcotic drugs and psychotropic drugs; medical purpose; illegal circulation; legal interest protection

公益诉讼惩罚性赔偿与刑事罚金并处适用研究

王 崇¹,孙照淳²,张 治²

(1. 辽宁大学,辽宁 沈阳 110036;2. 辽宁省抚顺市人民检察院,辽宁 抚顺 113000)

〔摘 要〕公益诉讼惩罚性赔偿与刑事罚金在责任来源、价值功能、利益归属等方面存在明显差异,两者并处与“一事不再罚”原则不相冲突。司法实践中,两者并处的判决大致分为刑事罚金排他模式、分别宣告且抵扣模式、分别宣告且独立适用模式、分别宣告且酌情调节模式。相较而言,分别宣告且酌情调节模式更具合理性。诉审机关对公益诉讼惩罚性赔偿进行裁量时,需要遵循比例原则的要求,根据个案情形综合考虑惩罚性赔偿之数额。司法机关可尝试探索加害人财产状况评估、建立公益诉讼损害赔偿专项基金体系、健全受害人惩罚性赔偿金申领渠道、允许公益诉讼惩罚性赔偿灵活支付等配套机制,助力公益诉讼惩罚性赔偿的质效保障。

〔关键词〕民事公益诉讼;惩罚性赔偿;刑事罚金;并处适用

〔基金项目〕本文系最高人民检察院2023年检察应用理论研究课题“论民事公益诉讼惩罚性赔偿与刑事罚金规范竞合的适用路径”的阶段研究成果。

〔作者简介〕王崇(1992—)男,黑龙江安达人,辽宁大学法学院讲师、硕士生导师,法学博士,主要从事刑事诉讼法学研究;孙照淳(1993—),男,辽宁抚顺人,辽宁省抚顺市人民检察院检察官助理,主要从事刑法学和公益诉讼研究;张治(1977—),男,辽宁抚顺人,辽宁省抚顺市人民检察院第五检察部主任,四级高级检察官,主要从事刑法学和公益诉讼研究。

〔收稿日期〕2024-03-10

〔中图分类号〕D922.68 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)03-060-08

2023年8月,最高人民检察院印发《2023—2027年检察改革工作规划》,提出“完善检察公益诉讼制度”,具体包括“积极稳妥拓展公益诉讼案件范围,健全不同领域公益诉讼办案指引,促进建立公益损害赔偿金管理和使用机制”等内容。检察机关办理的民事公益诉讼案件中,有一定数量的案件涉及刑民交叉,存在加害人需同时承担刑事和民事双重责任的情形。无论是有罪判决生效后,检察机关另行提起民事公益诉讼;还是刑事案件办理过程中,检察机关提起附带民事公益诉讼,被告人都有可能承担刑事罚金和公益诉讼惩罚性赔偿的双重经济制裁。在此情况下,审判机关应如何判决并执行需要妥当处理。对于

此问题,学界的讨论多局限在理论层面,缺乏涉及一定覆盖面的实证研究,且执行优先性、惩罚性赔偿专用基金、惩罚性赔偿灵活支付等配套机制还需要更加充分的讨论。为此,有必要对刑事罚金与惩罚性赔偿并处适用问题进行更为深入细致的探讨,以期在规范层面使其趋于完善。

一、刑事罚金与惩罚性赔偿并处的正当性证成

(一)并处适用与“一事不再罚”不相冲突

在刑事附带民事公益诉讼或涉及损害公共利益犯罪“先刑后民”^①案件中,可能出现侵害公共利益的不法行为人需要同时承担刑事罚金和

①即先进行刑事诉讼宣告被告人有罪,检察机关又对同一行为人提起民事公益诉讼并提出惩罚性赔偿的诉讼请求。

惩罚性赔偿的情况,这就需要对其是否违背“一事不再罚”原则予以分析。有学者提出“并立适用”会产生对不法行为人同一行为“双重处罚”的观点^①,即是质疑此种情形。该问题的本质,是刑事罚金与惩罚性赔偿之间的关系为何。易言之,若刑事罚金与公益诉讼惩罚性赔偿彼此独立,则两者能够分别宣告;若彼此不独立,则两者可以互相折抵。

对此,有学者提出“同质性”的观点,说明刑事罚金与公益诉讼惩罚性赔偿的内在逻辑关系^②。赞同此种观点的学者往往关注两者的诸多相似性,比如两者均具有公法倾向的惩罚属性,系对行为人所实施违法犯罪行为的惩罚措施:刑事罚金是刑事处罚的一种,属公法责任;公益诉讼惩罚性赔偿重点在于对不法行为的惩戒和威慑,亦具有公法属性。又如两者本质上均系经济上的惩罚,具有可执行性:刑事罚金属于财产刑,是以剥夺罪犯财产为内容的刑罚方法;“惩罚性赔偿系加害人除对被害人实际遭受的全部损失作出赔偿外,尚需另外支付一定数额的金钱赔偿”^③。再如,两者的指向行为多为贪利性违法行为:“刑法分则挂有罚金刑的一百多个条文中,绝大多数是贪利犯罪”^④;公益诉讼惩罚性赔偿则主要在侵害消费者合法权益、污染环境等大规模贪利性侵权行为中适用。

尽管学者们已经提出刑事罚金与民事诉讼惩罚性赔偿在多方面具有一致性,进而得出“同质”的结论,但笔者认为,这种观点忽视了两者在法理上的深层次差异。分析公益诉讼惩罚性赔偿与刑事罚金分别宣告是否违背“一事不再罚”原则,应当立足两者的责任来源,结合“一事不再罚”原则的实质加以判断。大陆法系国家对“一事不再罚”原则,解释为“对同一犯罪行为不得重复追究公法责任”;英美法系国家将“一事不再

罚”原则体现为禁止双重危险原则,具体指“禁止对同一罪行的多重惩罚”,其中“多重惩罚”单指“第二次的刑事处罚”^⑤。“一事不再罚”原则在我国很多法律规定中有所体现,其中《中华人民共和国行政处罚法》的表述很有代表性,该法第29条规定:“对当事人的同一违法行为,不得给予两次以上罚款的行政处罚”。笔者认为,借鉴两大法系关于“一事不再罚”的规定,我国法律对于“一事不再罚”的解读并非是广义上的惩罚性制裁,而是公法责任性质的惩罚性制裁。所以,公益诉讼惩罚性赔偿与刑事罚金的分别宣告与“一事不再罚”原则并不违背。理由如下:

其一,公益诉讼惩罚性赔偿具有私法责任的性质界定,其特有的“最优威慑”方法并不属于惩罚性概念,这决定了其在内涵实质上不同于“一事不再罚”原则中的“罚”。其二,根据《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第187条之规定,当刑事责任、行政责任、民事责任三种责任发生竞合时,民事主体在承担刑事或者行政责任后,仍需承担民事责任。民事责任作为私法责任,不能被刑事或者行政责任等公法责任所吸收或代替。

(二) 刑事罚金与惩罚性赔偿的差异性分析

论证刑事罚金和公益诉讼惩罚性赔偿的彼此独立性,两者的差异之处值得关注。其一,两者的责任来源不同。刑事罚金旨在维护社会公共秩序,是以道义性为基础的公法责任;公益诉讼惩罚性赔偿是旨在维护社会公共秩序、填补受害人损失和修复受损公益的损害赔偿,是功利性兼具道义性的私法责任,两者属于不同性质的法律责任,针对同一侵害公益的违法犯罪行为具有相互独立、并行不悖的法理基础。其二,两者的威慑效果不同。刑事罚金目的在于完全禁止罪

①参见吕英杰:《惩罚性赔偿与刑事责任的竞合、冲突与解决》,载《中外法学》2022年第5期,第1310页。

②参见邱帅萍:《论罚金与惩罚性赔偿的折抵》,载《湖南科技大学学报(社会科学版)》2021年第1期,第152-153页。

③参见王泽鉴:《损害赔偿》,北京:北京大学出版社2017年版,第364页。

④参见张晓梅:《中国惩罚性赔偿制度的反思与重构》,上海:上海交通大学出版社2015年版,第11页。

⑤参见王承堂:《论惩罚性赔偿与罚金的司法适用关系》,载《法学》2021年第9期,第159-160页。

犯实施犯罪行为,威慑效果为最高级别的“全面威慑”;公益诉讼惩罚性赔偿目的在于对实施某种行为的行为人采取适当防控措施,达到实现行为效果的最优程度,威慑效果为级别较低的“最优威慑”^①。其三,两者发挥的功能不同。刑事罚金作为刑事处罚的一种,其功能为对不法行为的惩罚和预防,主要维护的是国家利益;公益诉讼惩罚性赔偿不仅包括对不法行为人的惩罚和预防功能,还包括对受害人的安抚和激励功能,以及对受损公益的公益补偿和公益维权功能,主要维护的是社会公共利益。尽管两者在惩罚和预防功能方面存在重合,但是,公益诉讼惩罚性赔偿在填补受害人损失以及修复受损公益方面的价值具有鲜明特色。其四,两者的利益归属不同。刑事罚金的利益以上缴国库的形式归属于国家,公益诉讼惩罚性赔偿在制度和理论上应当归属于受害人和社会公益基金。其五,两者适用的诉讼程序不同。刑事罚金适用刑事诉讼程序,公益诉讼惩罚性赔偿适用民事诉讼程序。综上,笔者认为,公益诉讼惩罚性赔偿与刑事罚金应当相互独立且互不折抵。

二、公益诉讼惩罚性赔偿与刑事罚金宣告模式述评

据笔者检索中国裁判文书网所得数据,2018—2023年全网同时涉及“惩罚性赔偿”“罚金”的民事公益诉讼判决书共853份,具体到年份分别为2018年72份、2019年162份、2020年267份、2021年261份、2022年120份、2023年31份。由此可知,刑事和公益诉讼案件存在交集的情况并不少见。在检察机关对同一被告人既提起公诉又提起民事公益诉讼时,审判机关的判项可能包括刑事罚金和公益诉讼惩罚性赔偿的内

容。目前来看,不同法院对于两种财产类判项的宣告方式有所差异。

(一)刑事罚金排他模式

此种模式的表现方式为:法院在判决中仅判处有期徒刑金刑,对检察机关的惩罚性赔偿诉讼请求不予支持。如(2019)川0124刑初591号判决书中,法院以被告人邓某某违法行为性质、危害程度与责任轻重、性质、种类间不相持平,违背公平原则为理由之一,并未支持检察机关要求其承担销售价款10倍(人民币3950320元)的惩罚性赔偿的诉讼请求。最终法院仅判处被告人刑事罚金人民币20000元^②。本文认为,刑事罚金排他模式价值选择的单一性和对公益诉讼惩罚性赔偿的僵化适用,无法发挥惩罚性赔偿的损害填补作用,阻塞了被害人及受损社会公益获取权利救济的渠道,凸显其制度设计的不合理性,应当予以摒弃。

(二)分别宣告且抵扣模式

此种模式下,人民法院会在判决中分别宣告刑事罚金和惩罚性赔偿,同时将罚金数额在惩罚性赔偿的额度内抵扣。如(2020)鲁1091刑初195号判决书中,法院认定被告人徐某、杨某、肖某某依法应当承担民事赔偿责任,支持了检察机关提出的支付销售额10倍的公益诉讼惩罚性赔偿的诉讼请求,但同时认为本案中民事惩罚性赔偿应上缴国库,与追缴违法所得、刑事罚金同属惩罚性债权,应当参照行政罚款与刑事罚金竞合时,轻罚在重罚中折抵的原则处理,即向各被告人追缴的违法所得、刑事罚金均应当在惩罚性赔偿中予以抵扣^③。虽然公益诉讼惩罚性赔偿上缴国库导致性质异化,其功利性转为道义性,同属

①参见王承堂:《论惩罚性赔偿与罚金的司法适用关系》,载《法学》2021年第9期,第158页。
②参见成都市郫都区人民法院:“邓在刚、李汉林生产、销售有毒有害食品罪案”刑事附带民事判决书,(2019)川0124刑初591号,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pagelId=0c8fbce565ea376f2745e2bf50488bc9&s7%E5%8F%B7>,最后访问时间:2024年1月30日。
③参见山东威海火炬高技术产业开发区人民法院:“徐洋、杨志、肖金洪生产、销售有毒有害食品罪案”刑事附带民事公益诉讼判决书,(2020)鲁1091刑初195号,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pagelId=0c8fbce565ea376f2745e2bf50488bc9&s7%E5%8F%B7>,最后访问时间:2024年1月31日。

于公法责任的刑事罚金呈现同质化,此时两者间抵扣并无问题^①。但是,对于惩罚性赔偿存入社会公益基金或者其他由受害人申领等功利性情况时,其鲜明的私法责任属性,会导致与刑事罚金抵扣缺乏适用前提。对公益诉讼惩罚性赔偿责任的性质有意予以模糊化处理,过度强调其惩罚和预防功能。在公益诉讼惩罚性赔偿数额大于刑事罚金数额的情况下,刑事罚金被全额抵扣,当刑事罚金数额与惩罚性赔偿的差额过小时,加害人最终支付的公益诉讼惩罚性赔偿数额则会过低,使得赔偿款的安抚、激励、公益保护、公益维权功能被严重弱化;在公益诉讼惩罚性赔偿数额小于刑事罚金数额的情况下,公益诉讼惩罚性赔偿被刑事罚金全额抵扣,实质上等同剥夺了不特定多数受害人的惩罚性赔偿请求权甚至是申领权,阻塞了受害人和受损社会公益的权利救济渠道。综上,分别宣告且抵扣模式存在诸多的适用局限。

(三) 分别宣告且独立适用模式

人民法院宣告行为人同时承担刑事罚金和惩罚性赔偿,两者具有鲜明的独立性,在数额方面分别执行且互不影响,此为分别宣告且独立适用模式。在(2019)川0106刑初461号判决书中,法院判处被告人李某某、周某缴纳刑事罚金人民币30000元的同时,连带承担支付价款10倍即人民币337260元的公益诉讼惩罚性赔偿^②,即是刑事罚金与惩罚性赔偿分别宣告下的常规情形。

此判决结果具有一定的合理合法性。首先,《民法典》第187条沿袭了已废止的《中华人民共和国侵权责任法》第4条内容^③,对刑事责任与民事责任的聚合予以明确规定,故在刑事附带民事公益诉讼中,刑事罚金与惩罚性赔偿从法理抑或制度上来看,均并行不悖;其次,《民法典》第179条第2款^④以指引方式对《中华人民共和国食品安全法》(以下简称《食品安全法》)第148条第2款^⑤和《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称《消费者权益保护法》)第55条^⑥中的惩罚性赔偿予以确认,则自然包括法定适用倍数的指引。但是,如果惩罚性赔偿数额过高,再累加以刑事罚金,极有可能大于被告人的经济承受能力,不仅导致判决执行的虚置,且对被告人的基本生活造成威胁,不利于被告人权益保障。

(四) 分别宣告且酌情调节模式

当法院判决行为人承担刑事罚金时,会根据个案情形对惩罚性赔偿的数额酌情调节,即为分别宣告且酌情调节模式的表现形式。在(2019)苏0707刑初213号判决书中,法院综合考虑被告人犯罪事实、性质、情节及对社会的危害程度,认为将检察机关提出的销售价款10倍的公益诉讼惩罚性赔偿数额(人民币1517180元)酌定为销售价款2倍(人民币303436元)的赔偿数额更为适宜,最终判决被告人杨某某、孔某某夫妇在承担刑事罚金的同时,支付销售价款2倍的公益诉讼惩罚性赔偿^⑦。本案中,法院对被告人科以刑

①参见詹金峰,陈飞,汤维婷:《民事公益诉讼惩罚性赔偿金适用问题探析》,载《中国检察官》2019年第19期,第73-74页。

②参见成都市金牛区人民法院:“李家波、周宁、甘德国等生产、销售有毒有害食品罪案”刑事附带民事判决书,(2019)川0106刑初461号,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId = 0c8fbce565ea376f2745e2bf50488bc9&s7 = % EF% BC% 882019E5% 8F% B7>,最后访问时间:2024年1月31日。

③侵权人因同一行为应当承担行政责任或者刑事责任的,不影响依法承担侵权责任。

④法律规定惩罚性赔偿的,依照其规定。本条规定的承担民事责任的方式,可以单独适用,也可以合并适用。

⑤《中华人民共和国食品安全法》第148条第2款规定:“生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知是不符合食品安全标准的食品,消费者除要求赔偿损失外,还可以向生产者或者经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金;增加赔偿的金额不足一千元,为一千元。但是,食品的标签、说明书存在不影响食品安全且不会对消费者造成误导的瑕疵的除外”。

⑥《中华人民共和国消费者权益保护法》第55条规定:“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍;增加赔偿的金额不足五百元的,为五百元。法律另有规定的,依照其规定”。

⑦参见连云港赣榆区人民法院:“杨守勤、孔祥翠等生产、销售有毒有害食品罪案”刑事附带民事公益诉讼判决书,(2019)苏0707刑初213号,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId = 0c8fbce565ea376f2745e2bf50488bc9&s7 = E5% 88% 91>,最后访问时间:2024年1月31日。

事罚金的同时,判处法定倍数的惩罚性赔偿,在考虑过高的惩罚性赔偿对被告人的不利影响后酌情减让,兼顾了社会公共利益、被害人权益保障,同时关注被告人的处遇。这样的规定突破了《食品安全法》和《消费者权益保护法》规定的惩罚性赔偿适用倍数,将法律规定的普遍性与个案情节的特殊性有机结合,是办案机关能动司法的体现。如此,避免了“刑民交叉”案件僵化适用惩罚性赔偿条款可能给加害人带来的过重负担,以灵活的法律适用凸显司法智慧,实现合法与合理的兼顾。

三、分别宣告且酌情调节模式之构想

(一) 诉审阶段的公益诉讼惩罚性赔偿裁量应当符合比例原则

作为约束公权力的重要原则,比例原则被称为“帝王条款”。除行政法规定外,比例原则精神亦体现在刑法、刑事诉讼法等领域。比例原则要求公权力机关在限制和剥夺私人权利时,应当遵循适当性、必要性和相称性要求。适当性是指公权力机关在运行过程中,必须选择能够实现追求目的的手段。必要性又称“最小侵害原则”,要求公权力机关有多种手段能够实现追求效果时,必须选择成本最低、对公民权利限制最小的方式。易言之,只要存在更加温和的手段,在能够实现同一合法目的的情况下,就不采用更严厉的手段。相称性亦称“狭义的比例原则”,注重强调使用手段与获得收益之间的均衡性,即公权力行使过程中,应注重对权利限制的价值权衡。尽管某项权力运行能够实现追求的效果,但如果对公民的限制已经超出收益价值,这种手段依然是不够妥当的。

如前文所述,公益诉讼惩罚性赔偿兼具惩罚和预防功能,因此有必要从比例原则切入,综合考虑行为人是否具有惩罚必要性、再犯可能性以及赔偿可执行性,对公益诉讼惩罚性赔偿审慎裁量。结合惩罚性赔偿的具体功能,这项诉讼请求

只能针对受损公共利益亟待恢复且尚未恢复,需要对行为人加以威慑避免再犯的案件。对于确有适用惩罚性赔偿之必要的案件,要根据个案情形综合考虑惩罚性赔偿之数额,既要保证惩罚性赔偿功能的实现效果,也要避免给加害人施加过重的负担。“惩罚性赔偿是惩罚性责任,应以责任主义为根据,法官在确定惩罚性赔偿的数额时应体现责任的程度”^①,检察机关不能无视个案情形,一律提出法定倍数公益诉讼惩罚性赔偿金的诉讼请求,人民法院的裁判活动亦是如此。

具体而言,有些犯罪行为本就相对轻微,被告人可能被判处缓刑甚至单处罚金,人民法院根据检察机关的诉讼请求,判处行为人承担法定倍数的公益诉讼惩罚性赔偿。在这种情况下,公益诉讼惩罚性赔偿的数额可能明显高于刑事罚金,就会出现民事责任比刑事责任更重的“责任倒挂”。在刑事追诉过程中,加害人从追求更为宽缓刑罚的动机角度考虑,很可能为获得从宽处罚,在追诉过程中实施恢复原状、消除危险等行为。如果加害人具有停止侵害、更新设备、减少污染、预交款项等有助于恢复受损公共利益的积极表现,进而在提起民事公益诉讼或者判决宣告前,公共利益已经有明显修复,行为人的再犯风险明显降低,检察机关和人民法院就要考虑适用惩罚性赔偿的必要性,或是在数额上有所降低。如此,被告人可能仅仅被处罚金或者并处较低数额的公益诉讼惩罚性赔偿。

(二) 执行阶段的公益诉讼惩罚性赔偿具有优位性

如果被执行人的财产不能足额支付刑事罚金和公益诉讼惩罚性赔偿,笔者认为,公益诉讼惩罚性赔偿应处于优位,即加害人应先缴纳惩罚性赔偿金,待足额后再缴纳刑事罚金。其一,能够实现公益诉讼惩罚性赔偿的补偿功能。一般来说,加害人对公共利益已经造成了较大损害,无论是自然环境还是生物资源都需要尽快恢复,

^①参见吕英杰:《惩罚性赔偿与刑事责任的竞合、冲突与解决》,载《中外法学》2022年第5期,第1317页。

以此将犯罪行为造成的损害降至最低,这就要求优先执行惩罚性赔偿以满足公共利益修复的需要。其二,能够满足被害人获得赔偿款、弥补受损利益之需。《中华人民共和国刑法》第36条第2款规定:“承担民事赔偿责任的犯罪分子,同时被判处罚金,其财产不足以全部支付的,或者被判处没收财产的,应当先承担对被害人的民事赔偿责任”。公益诉讼本质上属于私法责任,这与一般的民事赔偿具有一致性。尽管在当前司法实践中,公益诉讼惩罚性赔偿金较多地被国库代收,但归根结底仍应当最终归属受害人和公益基金。如此看来,优先支付惩罚性赔偿既符合刑法“先承担对被害人的民事赔偿责任”的立法本意,也与恢复性司法理念价值契合。“恢复性司法最大程度上吸纳特定案件的利害关系人参与司法过程,以求共同地确定和承认犯罪所引发的损害、由该损害所引发的需要以及由此所产生的责任,进而最终实现对损害的最大补救这一目标”^①。办案单位为准确掌握和评估公益受损情况,往往需要受害人提供证据或线索支持,通过优先支付惩罚性赔偿及时满足利益受害人获得救济的请求,也是对公民积极参与司法活动、有效助力公益保护的有效激励。司法实践中,有些加害人会在民事公益诉讼提起前与检察机关达成合意,预交惩罚性赔偿金。在这种情况下,办案机关直接执行惩罚性赔偿即可,不存在刑事罚金与惩罚性赔偿优位执行的困扰。

四、完善公益诉讼惩罚性赔偿的配套机制

(一)探索加害人财产状况评估方式

损害赔偿酌减是酌情调节模式的核心。在某些案件中,加害人被科处罚金的同时,如果再承担法定倍数的公益诉讼惩罚性赔偿金,所需要

支付的数额可能会远超其经济能力的承受限度,进而导致生活陷入困境,所以需要司法机关行使自由裁量权对惩罚性赔偿款数额酌情减少。在这种情况下,如何准确判定加害人的财产状况,进而评估其支付能力,就显得尤为重要。笔者认为,应当探索并建立加害人财产状况评估制度,对不同情形予以准确甄别,避免对加害人惩罚过度,也防止对赔偿款的不当酌减。一方面,检察机关在提起刑事附带民事公益诉讼或民事公益诉讼之前,借鉴人民法院在执行环节中对被执行人的资产评估机制,以加害人自行申报和司法机关调查核实相结合的方式予以评估;另一方面,检察机关可以召开检察听证会,邀请人大代表、政协委员、人民监督员等作为听证员,对加害人科以刑事罚金和承担法定倍数公益诉讼惩罚性赔偿是否超过其经济承受能力以及是否应当对赔偿款数额予以酌减提出意见,以此作为检察机关提出诉讼请求和人民法院形成裁判结果的重要参考。

(二)建立全国统一的公益诉讼损害赔偿专项基金体系

当前学界和实务界对将公益诉讼惩罚性赔偿纳入公益基金的探讨和呼吁方兴未艾,并最终通过《探索建立食品安全民事公益诉讼惩罚性赔偿制度座谈会会议纪要》^②形成了司法实践共识,也为各地司法机关实现公益诉讼惩罚性赔偿利益归属规范化提供了重要制度依据。笔者认为,将公益诉讼惩罚性赔偿纳入公益基金进行统一管理几无争议,但是鉴于我国各地区司法实践的不同样态,可能导致制度效果存在差异。具体而言,如果仅是部分地区探索并建立公益诉讼损害

①参见霍华德·泽赫:《恢复性司法》,载狄小华,李志刚编著:《刑事司法前沿问题——恢复性司法研究》,北京:群众出版社2005年版,第46页。

②2021年3月,最高人民检察院与最高人民法院、农业农村部、海关总署、国家市场监督管理总局、国家粮食和物资储备局、中国消费者协会等部门共同召开探索建立食品安全民事公益诉讼惩罚性赔偿制度座谈会,就深化实践探索、推动制度构建相关问题达成共识,并印发《探索建立食品安全民事公益诉讼惩罚性赔偿制度座谈会会议纪要》(高检发办字[2021]25号)。纪要指出:“食品安全民事公益诉讼惩罚性赔偿的管理使用应坚持用之于公益的原则。食品安全民事公益诉讼惩罚性赔偿案件判决生效后,人民法院审判部门要及时移送执行部门执行。各地可以探索把惩罚性赔偿金纳入专门公益基金账户统一管理,依法统筹用于消费者合法权益保护”。

赔偿专项基金,其他地区仍然会以上缴国库作为人民法院执行赔偿款的通用做法,无法避免公益诉讼惩罚性赔偿性质异化,导致其与刑事罚金互相抵扣的判决宣告方式,进而产生刑事罚金与公益诉讼惩罚性赔偿在规范竞合时“同案不同判”的问题。鉴于此,应当建立全国统一的公益诉讼损害赔偿专项基金体系,保证所有公益诉讼惩罚性赔偿案件均能将赔偿款交由公益基金体系统一管理,在制度上消除惩罚性赔偿款因缺少依据或政策支持而上缴国库之可能。具体而言,可以探索由国家财政部设立全国统一的公益诉讼损害赔偿专项基金账户体系,授权省级以下各级财政部门作为本级辖区内公益基金账户的管理单位,并由国家财政部会同最高人民检察院、最高人民法院及国家审计署共同研究制定公益诉讼损害赔偿专项基金管理办法。在公益诉讼惩罚性赔偿案件判决生效后,各级法院确保及时将赔偿款存入本地财政部门管理的公益基金账户;各级财政部门要保证公益诉讼惩罚性赔偿专项基金款项用之于公益,实现专款专用;各级审计部门定期对本级财政部门管理的公益基金账户开展审计监督,保证公益基金账户收支规范。

(三)健全受害人惩罚性赔偿金申领渠道

受害人对公益诉讼惩罚性赔偿金的有效申领,是公益诉讼惩罚性赔偿对受损公共利益实现有效救济的有效方式^①,也是公益诉讼惩罚性赔偿被界定为私法责任的重要理由。公共利益的保护能够为个人权益的救济创造前提条件,但唯有对不特定多数受害人受到的侵害加以补偿,才能实现公共利益保护的更佳效果。因此,在加害人缴纳惩罚性赔偿金的情况下,应健全受害人申请渠道,保障受害人申报并领取相应的赔偿,有效填补受损权益。其一,保障受害人对案件办理情况的知情权。对于加害人实施的侵权行为及

承担公益诉讼惩罚性赔偿的判决结果,人民法院应该通过法院公示栏、自媒体以及侵权行为地周边权威媒体予以公告,并督促受害人凭借相关证据及时申领赔偿款。对于加害人通过微信、支付宝等第三方平台对受害人作出赔偿行为的,人民法院可以凭借交易记录,委托第三方平台向特定受害人发出通知;审判机关审查受害人申领赔偿时提供的证据材料后,认为达到民事诉讼证明标准的,应出具相应文书指令公益基金向受害人发放赔偿金。其二,为防止申报人成为“权利上的沉睡者”,人民法院要对受害人申领惩罚性赔偿的时间有所限制。笔者认为,人民法院可以在公告时参照诉讼时效设定三年的申领时效,受害人超过申领时效未提出申请的,则不再支持其申领请求,避免出现受害人怠于行使申领权的情况。其三,积极保障受害人求偿权的实现。人民法院应对受害人申领赔偿款的数额予以告知,在惩罚性赔偿酌定适用情况下,受害人实际能够领取的赔偿款数额应当按照酌定比例支付。若受害人不接受酌减后的数额,人民法院应根据《中华人民共和国民事诉讼法司法解释》第286条规定,告知其有权另行提起民事诉讼,从而保障其依法享有对法定倍数私益诉讼惩罚性赔偿的求偿权^②。

(四)允许公益诉讼惩罚性赔偿灵活支付

人民法院按照法定倍数或者酌减判定公益诉讼惩罚性赔偿数额后,加害人对一次性支付惩罚性赔偿确有困难的,人民法院可以采取相对灵活的执行方式,增强判决的可执行性。笔者认为,可以尝试对惩罚性赔偿金分期支付和替代性支付。如此,既能减少加害人的经济压力,也有助于保障惩罚性赔偿的判项落实。在检察机关提起民事公益诉讼之前,可以与加害人签订公益诉讼惩罚性赔偿支付协议书,对公益诉讼惩罚性

①根据笔者从事公益诉讼的司法实践来看,由于全国绝大多数地区尚未建立公益诉讼损害赔偿专项基金,被告人缴纳的惩罚性赔偿金上缴国库的情况仍较为普遍,同时绝大多数受害人对自身遭受侵害并不知情,受害人能够主动申领公益诉讼惩罚性赔偿金的情况并不多见。

②《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第286条规定:“人民法院受理公益诉讼案件,不影响同一侵权行为的受害人根据民事诉讼法第一百二十二条规定提起诉讼”。

赔偿的支付次数、支付时间和支付数额加以约定,如加害人未能履约支付相应额度的惩罚性赔偿,检察机关有权请求人民法院强制执行;在执行阶段,加害人支付一定比例的公益诉讼惩罚性赔偿金后,如果支付剩余赔偿金确有困难,控审机关可以联合拟定替代赔偿方案,要求加害人以

补植复绿、劳务代偿等方式承担惩罚性赔偿责任,经检察机关和人民法院验收合格后,剩余公益诉讼惩罚性赔偿款则不再支付。

【责任编辑:耿 浩】

Research on the concurrent application of punitive damages and criminal fines in public interest litigation

Wang Chong¹, Sun Zhaochun², Zhang Zhi²

(1. Liaoning University, Shenyang Liaoning 110036, China;

2. Fushun Municipal People's Procuratorate of Liaoning Province, Fushun Liaoning 113000, China)

Abstract: Punitive damages and criminal fines in public interest litigation have obvious differences in terms of the source of responsibility, value function and benefit attribution, so the imposition of both does not conflict with the principle of “no double punishment for the same offense”. In judicial practice, the sentences for the imposition of both are roughly divided into the exclusive criminal fine model, the separate declaration and deduction model, the separate declaration and independent application model, and the separate declaration and discretionary adjustment model. In comparison, the separate declaration and discretionary adjustment model is more reasonable. When the litigation and trial authorities exercise discretion over punitive damages in public interest litigation, they need to follow the requirements of the proportionality principle and comprehensively consider the amount of punitive damages based on the circumstances of the individual case. Judicial organs can try to explore supporting mechanisms such as the assessment of the property status of the perpetrator, the establishment of a special fund system for damages in public interest litigation, the improvement of the channels for victims to apply for punitive damages and the flexible payment of punitive damages in public interest litigation, so as to help ensure the quality and effectiveness of punitive damages in public interest litigation.

Key words: civil public interest litigation; punitive damages; criminal fines; concurrent application

能动司法理念下家事财产纠纷案件的 司法审视与诉源治理

——以中华优秀传统文化的传承和适用为视角

徐 琛

(上海市第二中级人民法院,上海 200040)

〔摘 要〕中华优秀传统文化是富含国人强烈价值认同感的本土资源,也是法治国家、法治政府、法治社会建设的宝贵财富。司法实践中,中华优秀传统文化与家事财产纠纷诉源治理具有跨越时空的契合性。坚持能动司法,将中华优秀传统文化融入诉源治理,加深群众对家事财产纠纷化解的理解和接受,不仅符合群众的心理习惯和价值追求,更能够有效推动家事财产矛盾纠纷多元化解、实质化解、高效化解,降低诉讼增量,减少衍生案件,不断提升人民群众的幸福感和获得感、满意度和满意度。

〔关键词〕能动司法;家事财产纠纷;诉源治理;传统法律文化

〔作者简介〕徐琛(1991—),女,浙江台州人,上海市第二中级人民法院法官助理,主要从事民商法学研究。

〔收稿日期〕2023-12-24

〔中图分类号〕D915 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)03-068-08

引言

家庭是社会的基本构成单元,家庭关系的稳定对社会稳定具有重要作用,家事纠纷的有效解决路径在社会治理中占有重要位置。随着社会经济不断发展,我国家事财产纠纷案件日趋呈现多样化、复杂化趋势,案件数量逐年递增,矛盾纠纷难以实质性化解,亟须从加强诉源治理入手,从源头化解矛盾纠纷。在家事财产纠纷诉源治理中深入贯彻落实习近平法治思想,践行能动司法理念,传承和适用中华优秀传统文化化解矛盾纠纷,能够有效修复家庭成员的情感关系,实现化解家事财产纠纷政治效果、社会效果和法律效果的统一,维护社会和谐稳定,提升家事案件的社会治理效能。

一、家事财产纠纷案件现状审视

(一)家事财产纠纷案件多样化、复杂化,民众认知理性化、商业化

近年来,家事财产纠纷愈发呈现多样化、复杂化特点。一方面,随着国家经济的发展,家庭财产收入不断增长,财产类型日趋多元化,涉及股权、债权、虚拟财产及知识产权等新型财产权益;另一方面,随着民众法律意识的提高,一旦发生家庭财产纠纷,越来越多的人会选择通过法律诉讼途径解决纠纷。在特殊情况下,因为缺乏法律法规的明确规定,导致司法机关对家庭财产纠纷的处理变得异常复杂。

传统家庭以代际关系为核心,包含关联亲属在内的大家庭或家族,家庭成员之间在婚丧嫁娶等重大事件中互助共济。随着我国城市化进程

不断加速,社会人口流动加快,亲属网络不断简化,家庭构成逐渐转向小型化,传统的家庭概念发生了深刻改变。首先,尽管亲属关系仍在维持,但现代家庭构成已转化为以夫妻关系为核心的小家庭。与过去相比,家庭的功能和角色发生了很大变化,自由化与多元化成为现代家庭的典型特征,家庭关系变得简单、松散,并出现了同居伙伴、协议夫妻等新型家庭模式。其次,理性化、商业化意识逐渐渗入家庭经济关系,经济理性影响着家庭的运营模式。在家庭成员的决策中,对经济利益的考量占据了重要位置,金钱与商业成为家庭成员间经济关系的重要方面。最后,社会价值追求更加多元化、复杂化。市场经济中的负面因素及西方文化中的消极因素使得家庭伦理弱化,民众私权意识增强,家庭责任意识淡化。以上因素导致在家事财产纠纷解决中,当事人认知呈现出理性化、商业化特点。

(二)诉讼过程中矛盾激化,对抗情绪强烈,调解难度高

家事财产纠纷案件的当事人之间积怨已久,加之各方当事人对财产的分割存在过高期望,案件一旦进入诉讼程序,当事人为了利益难免对抗情绪激烈,矛盾进一步激化,甚至造成家庭关系的永久创伤。诉讼程序的对抗性通常造成家庭关系更加紧张、冷漠,使得原本可以挽救和修复的家庭关系因为诉讼对抗导致矛盾加剧,最终走向解体和崩溃^①。在家事财产纠纷案件中,由于当事人情绪化严重,不仅争夺物质利益,还有“不蒸馒头争口气”的非理性情况,导致当事人拒绝调解或者在调解中对个人利益寸步不让。如某市中级人民法院自2020年以来审理的3572件家事纠纷案件中,调解结案的数量为272件,占比仅为7.61%。

(三)遗留问题多,衍生案件频现,实质性化解困难

当事人经历诉讼程序后,家庭矛盾纠纷更加外在化、尖锐化。此类案件被裁决后,容易给当事人造成二次伤害。基于亲情、爱情等各种情感

纠葛,当事人易陷入“我做错了什么”“怎么可以这样对我”等偏执情绪中无法解脱,矛盾纠纷没有得到实质性化解,家庭关系未能得到有效修复,更无法达到案结事了的理想结果,严重影响社会稳定。败诉方往往会选择其他渠道寻求救济,如向司法局、人大等机构提出信访诉求,向检察院要求提起抗诉等,导致该类案件申诉再审率高。根据某市中级人民法院统计数据显示,各类案件中家事财产纠纷案件申诉率常年处于高位,甚至出现一个案件还在审理中,当事人又提起其他相关诉讼的情况。比如,在共有物分割纠纷诉讼还在审理中,当事人又提起遗产继承、赡养等相关纠纷诉讼,导致衍生案件较多。

二、形成家事财产纠纷现状的成因分析

(一)家事财产纠纷与家庭伦理相联系

家事财产纠纷虽然是经济纠纷,但发生在具有血缘或姻亲关系的家庭成员之间,夹杂着复杂的情感因素,具有伦理性的特点。当事人之间的矛盾纠纷往往关联生活中的家庭琐事,加剧了家事纠纷的复杂性。家事财产纠纷往往难以像普通民事纠纷一样用金钱量化,有时甚至无法用法律评判,存在“清官难断家务事”的情况,即使调解也仅仅局限于平息诉讼,难以完全修复家庭和情感关系。裁判结果不仅关系个案纠纷的解决,而且关系着婚姻关系稳定、未成年人权益保护、老年人赡养、社会公序良俗等社会公共利益,造成家事财产纠纷的裁决结果难以实质性化解矛盾纠纷。

(二)公众朴素认知和法律规定之间的差异

未进入司法程序前的法律条文是理性的。诉讼过程中,当事人会赋予自己行动以主观意义,导致法律条文在运用过程中添加了个人情感。家事财产纠纷涉及当事人大量生活事实,对应的法律知识门槛较低,公众容易理解,往往会将自己的人生观和价值观投射在案件中,对案情进行情境化解读,对法律后果作出局限性预判。在自媒体时代,家事案件在网络上往往传播迅

①参见黄涛主编:《法哲学与共同生活》,北京:北京大学出版社2020年版,第246-256页。

速、关注度高,一旦处理结果得不到大多数人认同,不仅当事人对裁判结果不满意,难以实质性化解矛盾纠纷,而且易引发公众对司法公正的质疑和猜测。司法工作不可能脱离人民群众的感受和认知而单独存在,司法权威是外在法律条文和内在信服力的和谐统一。因此,应当思考如何使社会公众的朴素认知与公平正义的裁判同向而行,将中华优秀传统文化法律文化以合适的方式适用于家事财产矛盾纠纷化解。

(三) 个案正义和法律公正的认知偏差

在审判实践中,对于父母为子女购房出资的法律性质问题,认定为赠与或借贷关系的均有大量案例,不能简单地评判为同案不同判。一方面,法律很难在家事审判领域,针对不同家庭存在的差异作出事无巨细的规定;而且,随着经济社会的快速发展,家庭关系情势难免发生变更,司法裁判不可能做到完全统一。另一方面,人民法院在个案审理中,在考虑法律规定和当事人诉求的同时,需要融入社会主义核心价值观,兼顾利益平衡,参考当地传统文化习俗,努力做到司法裁判情、理、法的统一。这对当事人而言,可能就是所谓的“同案不同判”。法院无论认定为借贷关系还是赠与关系,都未必符合当事人的初衷,容易引起当事人对司法公正的质疑,难以实质性化解矛盾纠纷。因此,处理家事财产纠纷不能仅仅局限于个案情况,除了考虑个案的事实认定和法律适用外,还需要考虑裁判结果的社会接受度。

(四) 自由裁量程度高,未形成体系化或者规则化做法

在涉及征收补偿利益分割的案件中,裁判的法律依据主要是各地政府出台的规范性文件和政策。随着社会经济发展和时间推移,这类法定依据往往变化较大,法官自由裁量程度高。审判人员很难在有限时间内准确判断一个家庭几年乃至几十年的变化情况,只能尽量让法律的公正具体案件中得到体现。司法实践中,存在不同

法官对同一家事法律条文产生不同理解、给出不同解释的情况,法官必须通过利益衡量的方法,选择最符合社会主流价值观的方案作出判决。这对司法人员的个人素能提出了更高要求。法官不仅需要掌握法律知识,还要了解心理学、社会学等其他学科知识,个人性格、工作经验等方面也要符合家事裁判工作的相应要求。当前,家事财产纠纷的处理尚未形成体系化、规则化做法,依法判决常常难以兼顾情理和法理,难以同时保障多个主体利益,导致案件结果无法实现政治效果、社会效果、法律效果“三效合一”,矛盾纠纷难以得到实质性化解。

三、家事财产纠纷案件诉源治理传承和适用中华优秀传统文化法律文化的必要性考察

(一) 中华优秀传统文化法律的惯性

1. “无讼”

在中国传统文化中,“无讼”“息讼”不仅是诉讼法律文化的终极目标和价值取向,更是贯穿在整个传统法律文化中影响法律文化走向的终极因素^①。古代中国是传统的农业社会,“日出而作,日落而息”,其主要特征是静态的、稳定的。稳定和谐的社会环境是维持和发展农业社会生产生活的基本需求。诉讼的产生意味着家庭秩序要被打破,动态的、不稳定的家庭秩序不利于农业社会的生产发展。因此,传统农业社会产生的法律理想必然是“无讼”“和谐”^②。孔子曾指出:“听讼,吾犹人也,必也使无讼乎”。儒家认为,人与人之间产生纠纷、相互争讼,是对和谐世界的破坏;人与人之间和睦相处、无争无讼的状态,才是最重要最美好的理想社会。时至今日,法律已经成为人民群众保护自己权益的重要方式,但“无讼”的传统观念仍影响着每一代中国人。广大人民群众依然以减少矛盾纠纷、实现社会和谐为理想状态,特别是在家事领域。

2. “家文化”

①参见梁治平主编:《寻求自然秩序中的和谐》,北京:中国政法大学出版社2002年版,第199-229页。
②参见陈顾远主编:《中国法制史概要》,北京:商务印书馆2011年版,第330-331页。

“家文化”历来属于中华优秀传统文化的核心内容^①。我国传统文化中占据主导地位的儒家思想,积极倡导家庭伦理观念,认为“家国天下”并举,其中“家”居于首位;认为只有在“夫义妇顺”“父慈子孝”“兄友弟恭”等家庭伦理指引下的家庭,才能具备良好的家风。

当代中国社会结构已发生深刻变化,家庭中不再过多强调长幼尊卑。但时至今日,中国人一直延续强调家庭亲情、重视孝悌伦理的儒家观念。“长幼有序”“家庭和睦”等美德依然作为优良文化传统保留,并积极影响着社会主流观念。“家”依然是国人的精神信仰。众所周知的民间俗语“家和万事兴”更是反映出家庭秩序稳定对于个人发展、家庭兴旺、国家治理、社会稳定的重要性。正因为如此,传统的“家文化”并没有成为过去,而是融入当下,成为建构新型家庭伦理的重要理念支撑^②。家庭伦理依然是中国社会存续的道德基础,是社会生活的重要组成部分。

3. “情理法”

注重情理法平衡是中国传统社会司法审判的重要特征。贺卫方教授指出,传统法律文明的一大特色就是司法过程中的反逻辑、非逻辑色彩,官员在作出裁判的过程中,存在明显的不严格依据法律规定判决案件的倾向,其中最重要的原因是存在“天理人情国法”这样一个效力等级^③。中国古代这种家族伦理法律化以及“引礼入律”等倾向,都显示出法律受儒家文化的影响,体现出古代司法审判中固然要依据法条,但更要注重顺应人情、天理的司法实践方式^④。

古代的“情理法”司法实践方式已不能适应如今社会,但“情理”没有消失于新时代法律规范及司法实践中。在性质上,“情理”是法律的实质内容,法律是“情理”的外在形式;在进路上,“情理”是法律的评价标准,法律是“情理”的应然要

求;在实践中,“情理”是法律的优化之基,法律是“情理”的实现之道^⑤。在司法实践中,因裁判没有考虑“情理”因素而不被大众认可接受,甚至引发热议,引起上诉的案件不少。习近平总书记强调:“法律并不是冷冰冰的条文,背后有情有义。要坚持以法为据、以理服人、以情感人,既要义正辞严讲清‘法理’,又要循循善诱讲明‘事理’,感同身受讲透‘情理’,让当事人胜败皆明、心服口服”^⑥。“马锡五审判方式”之所以成功,其根本原因就在于司法人员做到了深入民众、沟通协商,融情理于法,尊重了传统文化,把从道德情理视角作出的判断和选择与成文法得出的结论相结合,从长远考虑权衡利弊,受到了广大人民群众普遍认同。由此可见,不论在法理上还是司法实践上,“情理”仍存在于我国当今法律,影响着司法实践。

中华优秀传统文化法律文化是我国几千年来维护家庭秩序的重要因素,是我国法律的精神内涵,具有群体性、指导性、基础性特点。那些融入中华民族基因血脉的文化传统,构成了当代中国人民共同的心理、习惯和文明,已成为判断是非的重要价值标准。

(二)家事财产纠纷诉源治理与中华优秀传统文化追求目标的一致性

家事财产纠纷诉源治理追求的目标是降低诉讼增量与减少衍生案件,平息矛盾、化解纠纷,修复家庭成员情感关系,进而维护家庭和谐和社会稳定。与此相对应的是传统法律文化的“无讼”和家庭和谐理念,以及传统司法裁判对社会效果的观念表达与方式追求。《中华人民共和国民法典》第 1043 条规定:“家庭应当树立优良家风,弘扬家庭美德,重视家庭文明建设。夫妻应当互相忠实,互相尊重,互相关爱;家庭成员应当敬老爱幼,互相帮助,维护平等、和睦、文明的婚

①参见徐复观主编:《中国思想史论集》,北京:九州出版社 2014 年版,第 228—240 页。
②参见李拥军:《民法典时代的婚姻家庭立法的突破与局限》,载《法制与社会发展》2020 第 4 期,第 137 页。
③参见贺卫方:《中国古代司法的三大传统及其对当代的影响》,载《河南省政法管理干部学院学报》2005 年第 3 期,第 2 页。
④参见康健胜:《情理法与传统司法实践》,载《青海社会科学》2011 年第 2 期,第 73 页。
⑤参见汪习根,王康敏:《论情理法关系的理性定位》,载《河南社会科学》2012 年第 2 期,第 28—32 页。
⑥转引自韦玮,向存丹:《努力讲好裁判文书中的“法理情”》,载中国法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2023/05/id/7305590.shtml>,最后访问时间:2023 年 12 月 15 日。

姻家庭关系”。这与中华传统文化中的“无讼”“家文化”“情理法”追求的目标高度一致。中华优秀传统文化对于家事财产纠纷诉源治理具有重要的指导意义和实践价值。

(三)中华优秀传统文化与家事财产纠纷诉源治理融合的现实需求

在2020年召开的中央全面依法治国工作会议上,习近平总书记发表重要讲话,强调要传承中华优秀传统文化,从革命、建设、改革的实践中探索适合自己的法治道路。党的二十大报告指出,要弘扬社会主义法治精神,传承中华优秀传统文化。在家事财产纠纷处理中,冰冷的证据和机械的法条不仅无法彻底定分止争,可能还会消除家庭成员间的最后一抹温情,彻底割裂家庭成员之间的血脉亲情。因此,在家事纠纷尤其是家事财产纠纷的化解中,需要融合中华优秀传统文化,采用柔性的纠纷解决方式,真正从实质上化解矛盾纠纷。

下文案例,可以清楚地体现传统法律文化与家事财产纠纷诉源治理融合的现实需求:

原告陶甲与被告陶乙系父女关系。涉案被征收房屋系公房,原承租人为陶甲。后陶甲因犯故意杀人罪自2004年1月至2022年在监狱服刑。除了服刑期间外,其长期居住在被征收房屋。2006年,该房屋承租人变更为陶乙。2012年,涉案被征收房屋在征收中获得两套产权调换房屋。因陶甲2012年尚在监狱服刑,故征收事宜均由陶乙办理。陶乙将征收调换所得的一套房屋出卖,另一套房屋登记在自己名下。2022年陶甲出狱后,向法院起诉,要求分得一套房屋或者由被告陶乙给付房屋折价款150万元。双方均认可两人可以分得征收补偿利益,主要争议在于具体利益如何分配。原告陶甲认为,其是原承租人,除服刑期间外均居住于被征收房屋,陶乙自行将一套房屋出卖,剩余的一套房屋应归陶甲所有,或者取得房屋折价款150万元;被告陶乙认为,其是征收时的承租人,征收调换所得房屋已经登记在自己名下,但愿意支付陶甲房屋折价款70万元。人民法院在审理中,了解到陶乙因父亲犯罪入狱,从小有心理阴影;陶甲从未承担作为

父亲的责任;陶乙婚后,其婆婆再三提起陶乙父亲服刑事宜,对其口出恶言;陶乙现已离婚,独自抚养儿子,生活捉襟见肘,当初出卖房屋是为了维持生计。原告陶甲表示,因其年迈且系刑满释放人员,无经济来源;父女关系较差;原有房屋被征收后原告无处居住,所以提起本案诉讼;同时,原告陶甲另案起诉陶乙承担赡养义务,但表示对女儿的确有歉意。案件在审理过程中,审判人员注意到原被告双方亲情犹在,于是从家庭伦理、情理法、诉讼利弊等角度做了大量调解工作。最终,被告陶乙同意支付原告陶甲100万元,二人达成和解协议,陶甲将本案和赡养纠纷案一并撤诉。调解结果不仅保留了女儿的房屋,陶甲也获得了足以保障其晚年生活的钱款,做到案结事了人和。由此可见,中华优秀传统文化在家事财产纠纷诉源治理中具有重要作用。上述案件处理中,如果审判人员没有融入优秀传统文化,那么两起纠纷很难一并解决,父女之间的情感裂痕也无法修复。

中华优秀传统文化作为中华民族规范社会、治理国家过程中经验智慧的结晶,是我国实现中国特色社会主义法治道路的重要思想支柱。中华优秀传统文化与家事财产纠纷诉源治理具有跨越时空的契合性。将中华优秀传统文化融入诉源治理中使其绽放出跨越时代的生命力,大大提高人民群众对于化解家事财产纠纷案件的理解和接受能力,更加符合社会公众的心理习惯和价值追求。

四、链条式全程治理家事财产纠纷的路径探索

在司法实践中,化解家事财产纠纷存在适用优秀传统文化文化的情形,但尚未形成体系化适用,其适用情况过分依赖于裁判者。结合前述家事财产纠纷现状,本文认为,当前亟须探索优秀传统文化在家事财产纠纷诉源治理中的适用路径。诉在法院,源在各方。家事财产纠纷的诉源治理需要形成链条式全程治理路径,充分融合中华优秀传统文化,降低诉讼增量的同时,努力减少衍生案件,以实现案结事了,推动

家事财产矛盾纠纷多元化解、实质化解和高效化解。

(一) 外部社会治理——源头预防、诉前过滤,降低诉讼增量

只有将外部要求内化为家庭成员的行为准则,才能构建和谐稳定的家庭关系,减少家事财产纠纷。其中,舆论宣传的教化引导是一个重要途径。通过家庭、社会、学校、传媒等途径,运用法律法规规范公民日常行为,唤醒日渐式微的中华优秀传统文化法律文化,弘扬传统家庭美德,增强公众家庭责任感,建立新时代家庭价值观。构建以爱为核心的家庭伦理关系,培育适婚群体健康的婚恋观和家庭观,使其能够妥善处理婚姻、亲子、家庭关系;为当事人提供法律指引、道德预判,根源性预防家事纠纷;同时,探索形成网格化调解工作模式,建立地方党委政府、乡镇(街道)人民调解委员会、村(居)民调解委员会全方位网格调解体系;由政府牵头,聘请资深法官、调解专家和文化、心理方面的专家学者举办培训班,对调解人员进行家事调解方法和优秀法律文化的专业培训,提高他们处置纠纷的专业性和技术性,形成纠纷多元化解合力,结合法理和情理,助力达成调解方案,努力将矛盾纠纷化解于诉前,筑牢化解纠纷的第一道防线。

(二) 内部过程治理——多元化解、实质化解,实现案结事了人和

1. 设置家庭化风格的庭审环境,增加硬件设施

设置专门的家事法庭,设计客厅家居式、温情又不失威严的庭审环境。审理中改变对抗式的庭审模式,创设以轻松温馨、亲情维系、宽容理解为内涵的家庭化风格审判模式。审判人员认真倾听当事人对家长里短的琐碎陈述,并给予积极回应,潜移默化地影响当事人的情绪,增添双方的信任感,促使当事人拉近距离相互交流,通过讲述、倾听、协商,以和风细雨的方式化解矛盾。

2. 打造家事财产纠纷审判团队,提供专业人才支撑

围绕案件特点,打造一支精通家事审判业务,熟悉中华传统法律文化,懂得人情世故,能够

体察个案当事人处境、心境和复杂情感,善于做群众思想工作的专业审判团队;同时,健全完善专业培训和岗位练兵机制,不断提升专业队伍的综合素质能力,为适用中华优秀传统文化化解家事财产纠纷提供强有力的人才支撑。

3. 案审法官查明事因,提供案件事实基础性材料

产生家事财产纠纷的背后有着复杂的利益和情感因素,可能涉及很多家庭生活中的琐碎细节,当事人的性格、境遇等因素都会对家事财产纠纷的产生、发展和化解产生直接影响。这些事实通常有浓厚的主观色彩,本不应作为法官裁判的依据,但是忽略这些事实,很可能无法探究纠纷发生的背景和事实背后隐藏的内情,法院最终作出的可能仅是一个“法律效果好”但“社会效果差”,“合法”但不“合理”的判决。为了更清晰地还原家事纠纷产生的原因和矛盾的焦点,案审法官应当拓宽视野,除了关注案件的“客观事实”,还要把目光投射在“主观事实”上,充分发挥主观能动性,除了查明法律方面的客观事实,还要考察社会心理、感情伦理方面的主观事实,必要时,可以将这些事实作为裁判的基础性材料。案审法官只有充分了解相关案件事实,才能结合中华优秀传统文化法律文化做好当事人工作,更好找准纠纷解决的切入点、突破口,扭转当事人情绪对抗的态势,为案件的顺利解决打下坚实基础。

4. 运用多元化纠纷解决机制,创造调解机会

调解不仅有利于纠纷解决,更符合我国“和为贵”的优秀法律文化传统。诉讼中,仍可将适合调解的案件移送相关调解机构或调解组织协助调解。在纵向上,可以将调解工作的触角向基层组织延伸,借助网格员、社区工作者等社会治理力量,实现法院与基层组织之间的联动。在横向上,可以将纠纷解决主体扩大至各类社会组织和公益组织。社会公益组织的加入,不仅可以为涉案家庭提供物质帮助,同时基于其专业性,也便于深入家庭内部,实现对家庭成员的道德教化,为他们提供精神支撑、心理抚慰,提高纠纷化解的社会化、法治化、专业化水平,最终形成多部门、多组织相互连通、多元联动的纠纷解决机制,

推动司法机关与行政部门、社会力量相结合,建立家事财产纠纷综合协调机制。

5. 践行“情理法”融合裁判,争取实质化解纠纷

人民法院在调解无法进行后,应当及时开庭审理并作出判决。有学者指出,人民法院不仅仅是区分对错的地方,还是医治疾病的医院。它要求法官给扭曲的家庭“把脉”“疗伤”“祛痛”“除病”,以恢复家庭肌体健康。因此,法官只有打通当事人心灵上的“任督二脉”,解开心理上的疙瘩,帮助他们彻底放下思想包袱,才能真正地消除威胁家庭安全的病症,恢复家庭和谐。基于当事人的亲属关系,处理家事财产纠纷除了发挥裁判功能外,还必须秉持能动司法理念,将法律适用与中华优秀传统文化协调起来,作出情理法融合的裁判,使当事人内心充分接受并认同裁判结果,从而服判息诉。

若法院裁判局限于当下个案,机械简单地适用法律一判了之,就无法满足人民群众期待公平正义、安全稳定的多元化司法需求。因此,案审法官不仅要解决纠纷,还应秉持前瞻性思维,充分考虑当事人人际关系的未来走向,以修复感情、弥合人伦为目的,倾听各方利益诉求,促使当事人在纠纷结束后维持友好关系或者为未来的全新生活创造条件。家事审判不仅承载着当事人的微观诉求即解决纠纷,还承担着社会公众的宏观期待,承载着平安、和谐、稳定的社会目标。因此,法官在作出裁判时要具有全局观,充分考虑判决的社会影响,做到既化解纠纷又稳定社会秩序,最终实现良法善治。

在家事财产纠纷裁判中,人民法院应传承和适用中华优秀传统法律文化,并将其与习近平法治思想、社会主义核心价值观相结合,全方位融入司法裁判。中华优秀传统法律文化既为家事财产案件的审理提供了宝贵的传统文化资源,也为裁判文书关于“情理法”的说理创造了得天独厚的条件;既强化了裁判文书的说理性,又增强了文书的可读性及公众的可接受性,使当事人彻底放下包袱、解开疙瘩,消弭对立情绪,治愈家庭创伤,最终实现案结事了人和。

(三)事后的延伸治理——根源解决、引导示范,减少衍生案件

1. 具体案件回访关怀

只有高度关注当事人的情感需求,才能实现家事纠纷的根本治理。审判人员有的放矢地对当事人展开调查回访,答疑解惑,释明案件处理所蕴含的传统法律文化内涵,帮助当事人真正解开心结、解决矛盾、修复家庭关系,有助于预防或及时化解新的家庭纠纷,方便掌握案件执行情况,避免产生执行难题,保障当事人义务的履行和权利的实现,对家事案件实现根源治理。

2. 典型案例研讨宣传

家事裁判有超越个案解决的积极意义,会产生强烈的社会示范效应,对于改进社会公众的道德教化和行为方式、倡导良好的社会主义新型家风具有举足轻重的引领功能。通过案件研讨交流,总结审判经验和做法,加大力度宣传典型案例;尤其要用好互联网信息平台、大数据平台、新媒体平台,采取以案说法等方式,让公众全面认识和接受中华优秀传统法律文化在家事财产纠纷案件诉源治理中的适用,弘扬真善美,鞭笞假丑恶,营造良好家风,有效延伸家事审判社会功能,争取达到“办理一案,提出一策,影响一批,治理一片”的司法效能,发挥持续可靠的现代社会治理效应。

结语

家事财产纠纷化解不可治标不治本。治标就是化解表面的家庭纠纷,治本就是关注案件综合治理效果,对存在的问题“望闻问切”,最终愈合家庭成员之间的矛盾裂痕,使兵戎相见的家庭成员化干戈为玉帛。理想的化解家事纠纷模式追求家庭秩序从混乱恢复有序,以达到诉源治理的目的。中华优秀传统法律文化与家事财产纠纷诉源治理具有高度契合性。在能动司法理念指导下,人民法院应当在链条式的全程治理中传承和适用中华优秀传统法律文化,实现优秀传统法律文化与化解家事纠纷的良性互动,及时有效维护人民群众的合法权益,修复家庭成员之间的关系,维护社会公序良俗,从而提升人民群众的

满意度,进一步提升司法工作的社会治理效能。

〔参考文献〕

[1]黄涛.法哲学与共同生活[M].北京:北京大学出版社,2020:246-256.

[2]吴飞.浮生取义:对华北某县自杀现象的文化解读[M].北京:中国人民大学出版社,2009:229-231.

[3]彭佳欣.马锡五审判方式在当代价值的再思考[D].上海:华东理工大学,2020:26.

[4]梁治平.寻求自然秩序中的和谐[M].北京:中国政法大学出版社,2002:199-229.

[5]苏秉琦.中国文明起源新探[M].北京:生活·读书·新知三联书店,2019:159-164.

[6]许倬云.万古江河:中国历史文化的转折与开展[M].长沙:湖南人民出版社,2017:79-85.

[7]陈顾远.中国法制史概要[M].北京:商务印书馆,2011:330-331.

[8]伊涛.孔子故里的纠纷解决与权利的儒学容纳[J].思想与文化,2021(02):269-272.

[9]徐复观.中国思想史论集[M].北京:九州出版社,2014:228-240.

[10]笑思.家哲学:西方人的盲点[M].北京:商务印书馆,2010:616-624.

[11]李拥军.民法典时代的婚姻家庭立法的突破与局限[J].法制与社会发展,2020(04):137.

[12]贺卫方.中国古代司法的三大传统及其对当代的影响[J].河南省政法管理干部学院学报,2005(03):2.

[13]康建胜.情理法与传统司法实践[J].青海社会科学,2011(02):73.

[14]汪习根,王康敏.论情理法关系的理性定位[J].河南社会科学,2012(02):28-32.

[15]董青梅.马锡五审判方式对数字时代司法的价值[J].行政与法,2017(06):34.

[16]梁西圣.家事审判改革之基石一种伦理性实体[N].人民法院报,2019-08-02(05).

[17]霍姆斯·法学论文集[M].姚远,译.北京:商务印书馆,2021:260-265.

[18]李拥军.作为治理技术的司法:家事审判的中国模式[J].法学评论,2019(06):176.

【责任编辑:柴 玮】

Judicial review and litigation source management of family property disputes under the concept of active judicial system
——From the perspective of the inheritance and application of China's excellent traditional legal culture

Xu Chen

(Shanghai Second Intermediate People's Court, Shanghai 200040, China)

Abstract: The excellent traditional legal culture of China is a local resource rich in the strong sense of value identification of the Chinese people, and also a precious asset for the construction of a country ruled by law, a society ruled by law and a government ruled by law. In judicial practice, the excellent traditional legal culture of China and the litigation source management of family property disputes have a cross-time and space fit. Adhering to active judicial practice, integrating the excellent traditional legal culture of China into the litigation source management and deepening the people's understanding and acceptance of the resolution of family property disputes not only conform to the psychological habits and value pursuits of the masses, but also can effectively promote the diversified, substantive and efficient resolution of family property conflicts and disputes, reduce the increase in litigation, reduce derivative cases and continuously improve the people's sense of happiness, gain and satisfaction.

Key words: active judicial system; family property disputes; litigation source management; traditional legal culture

新型职业农民社会保障权实现路径探析

邹世允,张涵博

(东北财经大学,辽宁 大连 116025)

〔摘要〕新型职业农民队伍是全面实现乡村振兴战略的重要人才基础。加强新型职业农民各项权利的法治化保障,有利于人才队伍建设,促进新型职业农民社会保障权的完满实现,具有深厚的理论意义和现实需求。当前,新型职业农民社会保障权在法律实现这一层面上面临着权利内涵阐释不足、老龄化压力使权利实现难度增加、社会保障权利供给的法律制度不完善等困境。推动社会保障权内涵阐释与认知转型,优化新型职业农民培育与配套医疗服务体系,完善社会保障权的权利供给法律制度,是推动新型职业农民社会保障权实现的有效路径。

〔关键词〕新型职业农民;社会保障权;乡村振兴;权利实现

〔基金项目〕本文系2020年国家社会科学基金项目“乡村振兴战略背景下新型职业农民社会保障法律保障体系研究”(项目编号:20BSH025)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕邹世允(1968—),男,辽宁大连人,东北财经大学法学院院长、教授、硕士生导师,主要从事劳动与社会保障法、企业法和经济法学研究;张涵博(1999—),男,辽宁鞍山人,东北财经大学法学院2022级法律(法学)硕士研究生,主要从事劳动与社会保障法研究。

〔收稿日期〕2024-05-06

〔中图分类号〕D922.182.3;F323.89〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)03-076-10

一、问题的提出

(一)培育新型职业农民的现实背景

随着社会经济水平的稳步提升与国家产业结构的转型升级,我国传统的城乡二元结构被打破,城乡之间、不同产业之间的土地、资金、人力等各类资源配置出现了严重的失衡问题。城乡居民享受社会发展红利不均的问题,是现阶段阻滞我国社会经济水平进一步提高的重要难题。农村青年人口在流入城市,为城镇化建设贡献力量的同时,也引发了农村的“空心化”与“老龄化”现象,“谁来继承和发展农业”成为新的社会问题。以第七次全国人口普查数据为参照,全国有23个省份乡村65岁以上人口占比超过15%^①,大多数省份农村地区老龄化问题严重。如何应对农村人力资源出现的疲态,已经成为当代农业

农村建设发展亟待解决的问题。面对“三农”工作的新形势,党中央在2012年中央一号文件中首次提出要培育一批“爱农业、懂技术、善经营”的新型职业农民,作为农业农村发展的领头羊,在实践乡村振兴战略中发挥积极的引领与示范作用。此后连续14年,均在当年的中央一号文件中规划了新型职业农民的发展问题,体现了以习近平同志为核心的党中央对开创中国特色新型职业农民发展新局面,推进农业绿色优质高效发展,全面服务乡村振兴的高度重视。

(二)新型职业农民概述

1. 新型职业农民的内涵及特征

官方关于新型职业农民的内涵界定,主要依靠原农业部2017年制定的《“十三五”全国新型职业农民培育发展规划》,其认为新型职业农民是指“以农业为职业、具有相应的专业技能、收入

①参见国务院第七次全国人口普查领导小组办公室:《中国人口普查年鉴》(下册),北京:中国统计出版社2020年版。

主要来自农业生产经营并达到相当水平的现代农业从业者”^①。随着我国整体社会进入高质量发展阶段,部分官方文件将新型职业农民称为高素质农民,如农业农村部发布的农办科〔2023〕11号文件就提出,要做好高素质农民培育工作。但从整体来看,对职业农民的内涵认定没有超过原本的外延,保持了概念的稳定。有学者对新型职业农民特征作出精准阐述,认为其应具备五项特征,即全职务农、较高的比较收益、职业地位受社会尊重、现代从业素养、属于“产业农民”和“专业农民”;提出其群体构成来源主要包括五类人群,分别为乡村守望人员、新生代农民、主动回流农民工、涉农专业大学生、城市人力资本下乡人员^[1]。

2. 新型职业农民社会保障权的现实权利样态

新型职业农民是落实乡村振兴战略的“主力军”,其权益保障程度是影响人才队伍发挥效能的关键因素。社会保障权作为我国公民的基本权利,是新型职业农民权利谱系中的重要一环。新型职业农民的社会保障权可分散为社会保险、社会福利、社会救助、社会优抚四项具体内容。由于我国社会保障领域主体多元、规范交叉,权利请求权基础散见于不同类别和层级的法律文件之中,使得新型职业农民的社会保障权法律保护面临规范不明的窘境,社会保障权这一宪法应然权利在新型职业农民的具体群体面上并未取得完满的实然状态。《2022 年全国高素质农民发展报告》中提到,“农民教育培训和高素质农民发展中还存在一些薄弱环节……2021 年高素质农民农业生产经营人均纯收入有所下降,86.83% 的高素质农民在农业生产、销售环节中都遇到疫情带来的困难,87.51% 的高素质农民受到不同种类自然灾害的影响。这与当前大部分高素质农民产业基础相对脆弱,抵抗市场风险、自然灾害的能力相对较低密切相关,需要政府和社会给予更多关注支持”^②。上述情况说明,新型职业农民虽然是农业从业者中的精英群体,但农业产业自身面临的高风险与营商环境不佳等社会风险仍可

能轻易威胁到这一群体的正常生活水平。因此,需要通过加强这一群体社会保障权的权利供给制度建设,提高该群体社会保障权的实现程度,为其提供良好与安定的生活预期。

二、探索新型职业农民社会保障权实现路径的必要性

(一) 促进新型职业农民社会保障权实现的战略意义

1. 法治中国目标追求权利的完满实现

中共中央印发的《法治中国建设规划(2020-2025 年)》提出建设法治中国要坚持目标导向,聚焦人民群众反映强烈的突出问题和法治建设薄弱环节。社会保障权作为一种新型权利^[2],其权利在应然的法律规范层面与实然的权利实现层面均落后于财产权、人身权等传统权利,发展程度也与国家的社会经济发展水平相关联。聚焦具体享有社会保障权的主体,由于我国长期以来的城乡二元结构与“工农剪刀差”效应,使我国城乡居民所实际享有的社会保障权益水平存在着巨大差异。透过城乡二元相分的社会保障体制,得以窥见在我国法律语境中本就处于弱势地位的社会保障权,在农民身上更难以寻觅。法治中国建设目标,就是要通过不断完善薄弱的法律规范体系,考量调和实然的法律运行状况来逐渐实现。因此,落实新型职业农民的社会保障权,并借此完善城乡协调的社会保障制度与这一远景目标相契合。

2. 落实宪法原则

实现新型职业农民的社会保障权是坚持“尊重和保障人权”这一宪法原则的具体体现。“建立社会保障制度”的目标与“国家尊重和保障人权”原则,于2004 年一同载入我国宪法,并成为搭建相关法律规范体系,实现社会保障权和人权保障的权利供给制度的基础。“从人权角度考察社会保障权,是基于生存与发展的角度,丰富社会保障权的内涵,使公民有权基于社会保障权主张

①参见原农业部:《“十三五”全国新型职业农民培育发展规划》,载原农业部官网,https://www.moa.gov.cn/nygbh/2017/derq/201712/t20171227_6131209.htm,最后访问时间:2024 年 3 月 20 日。

②参见李浩:《打造乡村振兴的“主力军”》,载《农民日报》2023 年 1 月 13 日,<https://new.nrra.gov.cn/2023/01/13/ARTTWDnmPOxca8Euyf9peza230113.shtml>,最后访问时间 2024 年 3 月 20 日。

对经济、社会发展成果的享有,从而全面发展”^[3]。

近年来,我国人权法治建设进步显著,在国家政策和具体法治建设中都深刻践行了“尊重与保障人权”这一原则。例如,《中华人民共和国乡村振兴促进法》单列了“人才支撑”和“城乡融合”专章,为建立健全城乡统筹的社会保障制度提供了宏观层面的政策性支撑和法律规范指引。社会保障权作为公民平等享有的一项基本权利,其处于“尊重和保障人权”这一宪法原则的天然延伸范围内,需要一系列的法治活动使其由“宪法性权利”转变为“现实权利”。职业农民群体由于受到城乡二元社会保障制度的长期影响,其社会保障的“应然权利”实现程度较弱,更需要在实现社会保障权的进程中给予侧重。

(二)实现新型职业农民社会保障权的现实需求

推动新型职业农民社会保障权从“应然权利”走向“实然权利”的完满状态,不仅存在深厚的理论依据,同样存在着紧迫的现实需求。“三农”问题是长期存在的系统性问题,随着中国特色社会主义事业的不断发展,会衍生出新的问题样态,需要以法学视角的权利供给制度设计来回应现实需求。

1. 落实乡村振兴工作需要社会保障事业兜底
推动乡村振兴与推动农业农村现代化是新发展阶段“三农”问题的最新样态。强国必先强农,农强方能国强。2023年中央一号文件再次明确指出推动乡村振兴工作的具体举措,表明要推动农民尤其是职业农民社会保障权的实现。例如,第14条提出“健全分层分类的社会救助体系,做兜底保障”,第27条指出“推动基本公共服务资源下沉,着力加强薄弱环节,优化低保审核确认流程”^①。新型职业农民具有鲜明的人才属性,是乡村振兴工作中的第一要素。在目前新型职业农民人才队伍培育工作已略见成效的情况下,应当进一步完善该群体社会保障权的法定权利供给与现实权利实现状态。这是由处理好新时代“三农”问题这一任务目标决定的。

2. 疏解农村老龄化问题加剧的必然选择
人口老龄化已成为我国今后一个时期内的重要国情之一。我国人口老龄化问题具有城乡失衡、未富先老等特征,推动农村农民社会保障权的实现、完善农村社会保障制度建设,是应对“农村老龄化”问题,消除社会隐患的重要举措。根据学者测算,到2050年,我国老年人口和高龄人口将分别达到3.31亿人和0.98亿人^[4]。从第七次全国人口普查的数据来看,农村老龄人口比重为17.72%(以年龄65岁及以上为标准),城市老龄人口比重为10.77%,城乡之间老龄化发展速度出现明显失衡^②。农民的社会保障权益实现程度还存在着显著的东西差异。我国东部沿海发达地区对青年人才有着更强的吸引力,不断吸引中西部地区青年人才前往工作乃至安家落户,若不通过政府宏观调控改善此种现象,会导致中西部地区农村老龄化问题进一步加重,增加其地方社会保障的财政压力。推动社会保障权的实现,需要遵循弱者优先与差别对待、按需分配和适度分配等原则。这些原则的要求与疏解农村老龄化问题、集中力量解决处理好农村老人各项基本需求的目标在逻辑上具有相通性。社会保障权所具备的“社会稳定器”属性,使实现该权利的具体方式成为解决农村老龄化问题的关键手段之一。

3. 提升农业队伍聚才引才能力需要实现社会保障权

推动新型职业农民社会保障权的实现,是保障新型职业农民持续务农的重要因素。农业农村的发展离不开人才要素,要让农民成为有吸引力的职业,就要充分有效地维护这一群体的权益,汇聚农业人才,共同建设农业强国。调查结果显示,新型职业农民在职业认同的四个维度上,普遍对“我认为新型职业农民受人尊重”“我适合做新型职业农民”“我与其他新型职业农民、农业专业合作社社员关系良好”这三项维度表达了认同;但在“我对新型职业农民相关的社会保障水平感到满意”维度项下,仅有51.74%的受访

①参见《中共中央 国务院关于做好2023年全面推进乡村振兴重点工作的意见》,载中国政府网,http://www.gov.cn/xinwen/2023-02/13/content_5741361.htm,最后访问时间:2024年3月20日。
②参见国务院第七次全国人口普查领导小组办公室:《中国人口普查年鉴》(下册),北京:中国统计出版社2020年版。

者持“符合”这一观点^[5]。这足以在一定程度上印证新型职业农民的社会保障权实现状态与其持续务农意愿之间存在关联性。在考察新型职业农民离开农业的原因时,“农业风险导致亏损”排在第一位,这需要我们加快建立完善该群体社会保障权利供给体系,并通过法治等综合手段推动该权利的实现,不断提升新型职业农民这一队伍的吸引力,充分发挥其示范效应。

三、实现新型职业农民社会保障权面临的困境

(一) 新兴职业农民社会保障权的内涵阐释不足

1. 传统的权利认知理念已不适应社会发展

新时代是需要社会保障权作为最重要权利的时代,在权利本位论作为基础制度认知和诉求表达的模式下,社会保障法层面催生了越来越多的新型权利话语和诉求,这是传统社会保障权认知理念难以覆盖的。在我国社会保障权的历史沿革中,《中华人民共和国宪法》条文中的“物质帮助权”是其最原始的样态。随着我国现代化进程的加快,社会保障制度框架也大致形成,但其仍呈现出一种仅有骨骼、缺乏血肉的形态。“目前形成的社会保障制度中,最典型的权利供给形态是宪法文本中的物质帮助权和退休权,在社会保障立法和行政法规层面,包括最低生活待遇补助、五险一金、伤残待遇等”^[4]。但对比经济水平现代化的发展速度,社会保障制度的现代化进程仍处于落后位置。随着新时代法治建设带来的社会权利保障谱系扩张,社会保障制度的权利供给方式和供给能力也必须要有的层面上的转变。从物质帮助权的视角来认知社会保障权,已经不能适应当前社会基本矛盾转变的格局。作为具有调和矛盾、稳定社会秩序属性的一项权利,对社会保障权的认知需要从解决时代问题的层面上展开,将其从单纯的物质帮助权扩张至具有多维度特征的社会保障权谱系。

2. 社会保障法律关系中的主体不熟悉权利内容

作为一项新型权利,社会保障法律关系中的各方主体对于社会保障权都非常陌生,无论是政府机关工作人员、社会人士,还是法学学者,对该

项权利的内涵都存在一定困惑,对积极主动实现该项权利的必要性也缺乏充分的认识。对于新型职业农民这一具体权利主体所享有的社会保障权范围应如何界定,根据其“应然权利”这一群体在现实生活中应当如何实现其社会保障权,以及这一社会保障权在具体的制度之中应以何种方式被呈现出来、如何被救济等问题,更处于一种鲜有人关注的状态。虽然服务型政府建设促进了部分政府工作人员更新观念,对社会保障权在理论界的最新研究进展有所关注,认识到该项权利的多维属性,但其仍难以实现由“政府减少对权利的干预”到“国家和社会通过积极承担社会保障义务维护公民的体面生活”这一层面的突破。

与此相并行的是,新型职业农民群体受到法治教育水平、社会生活环境、成长经历等因素的影响,对于“为权利而斗争”的理念认知并不充分;部分地区长期以来形成的稳定的政府主导型社会观念,加重了当地农民群体对于社会保障权的漠视;对权利的诉求容易被认定为“寻衅滋事”的历史影响,更是使大多数人保持缄默。即便涉及到传统的民事权利纠纷,农民群体都倾向于走“息诉宁人”的路径,对与社会保障权相关的新型权利纠纷更加避而远之,其对幸福生活的向往更加偏好于通过劳动来实现,而非期望通过法律制度和人权保障这类上层建筑加以构建。这种现象更加助长了某些社会保障部门公职人员渎职、形式化工作的行为,其仅将社会保障制度和社会保障权当作缓解社会劳资矛盾的一种认识论,并不注重方法论层面上如何让制度落地和帮助权利实现,间接破坏了权利实现的现实土壤。

(二) 农村老龄化压力增加了职业农民社会保障权的实现难度

1. 经济发展转型引发农村就业与财政压力

新型职业农民社会保障权的实现程度与农村财政水平和就业形势直接挂钩。我国经济已由高速度发展转向高质量发展阶段,经济增长速度不断放缓,部分经济压力传递给了本就紧缩的农村财政和窘迫的就业形势。即便权利本位思想得到了更广泛群体的认识,并且在近几十年社会发展中不断延展出新的权利话语,但社会保障权的实现是以经济社会发展水平作为支撑的。

“社会保障水平与经济发展相适应原则”是社会保障法的基本原则之一,推动新型职业农民社会保障权的实现,需要充分考量农村的社会经济现状。

当前,我国经济已进入转向高质量发展的关键期,“高增长、高投资”的状况已成为过去式,经济中低速增长的态势将保持相当长一段时间。在这种形势下,应当杜绝社会保障制度在项目和待遇方面的非理性扩张,并且要有社会保障“过紧日子”的心理准备。随着经济增长速度的放缓、就业压力的上升与缴费能力的削弱,现行农村社会保障体系的经办难度逐步提升,农民社会保障参与率低,农村将面临着相比城市更大的就业压力。财政紧缩与就业岗位不足的现实效应被不断放大,对于职业农民社会保障权的充分实现形成巨大考验。

2. 农村老龄化现状增加了实现社会保障权的难度

农村老龄化进程的加速与提升农村地区医疗服务供给能力之间存在着巨大矛盾,需要农村社会保障体系发挥更大的弥合作用。这增加了在农业农村层面实现社会保障权的难度,意味着实现新型职业农民社会保障权要综合考虑全体农村居民职业、年龄、劳动能力的分布状况,对承担社会保障义务的政府、社会等主体提出了更高要求。国家统计局数据显示,城市中每万人拥有的卫生技术人员数量,一直是农村地区每万人拥有卫生技术人员数量的两倍以上;城市中每万人医疗机构的床位数,也一直是农村地区的两倍^[6]。这说明虽然部分地区从教育角度入手,试点开展了临床医学学生(乡村专项)计划、全科医生计划等,但由于个人择业选择和卫生技术人员成长周期等因素干扰,长期以来我国农村地区的医疗卫生服务能力并未得到显著提升,“谁来保障农村居民的身体健康”始终是困在田地上的突出问题。

农村地区的“空心化”是这一矛盾的另一个侧面。受长期以来“养儿防老”观念的影响,农村的养老模式以家庭养老为主,但以往长期执行的独生子女政策逐步将原本“金字塔”式的家庭结构转变为“4-2-1”格局,使家庭养老模式难以为继。城市与经济发达省份对年轻人的虹吸效

应则使经济落后地区的农村出现了越来越多的空巢老人。这部分群体购买养老金的能力不足,养老资产不足,使农村社会保障体系承担着相比于城市更大的压力,而这部分压力也将分散给在农村地区统筹参保的新兴职业农民们。

(三)新型职业农民社会保障权的权利供给法律制度尚不健全

1. 我国社会保障领域立法体系缺乏系统性

当前,我国社会保障领域的立法体系呈现出法律法规分散,法律法规内容滞后、实效性不足,法律文件层级较低、应急性为主、政策性文件较多等问题。整体来看,我国社会保障领域虽然制定了大量的法律法规和政策性文件,但亟须一个提纲挈领的基本法来为整个社会保障体系的搭建提供权利供给。我国在社会保障的四个基本维度项下,仅出台了《中华人民共和国社会保险法》(以下简称《社会保险法》)这一部基本法律,《中华人民共和国社会救助法》仍处于草案阶段,而关于社会福利、社会优抚等方面的权利供给则散在于其他各个法律规定当中。出现这种困境,与我国改革开放以来经济发展的形势有很大关系。社会保障制度的发展需要以经济社会发展水平为基础,我国的经济水平在改革开放以来呈现了较长时间的“腾飞期”,并催生了国民对社会保障制度的诉求与对社会保障权的追求。但经济的快速发展是表现在平均值与总量上的,在城乡二元结构与东西城市群天然分布的差异影响下,社会保障制度的发展并不均衡,不同的领域、地区、职业群体分别根据不同领导机构出台的政策性文件,获得现实的社会保障权益,这意味着社会保障权益在公民之间并不平等。根据上述分析,我国农村地区的社会保障立法本身处于弱势地位,尚无一部高位阶的专项法律法规为农村地区社会保障制度建设提供支撑,更难以从中高位阶的法律文件中找寻专项专规为新型职业农民提供社会保障权的充分政策支持。新型职业农民的社会保障权供给法律制度尚不健全。

此外,在有关社会保障立法的进程中,新型职业农民参与不足。我国有关农村农民社会保障权的法律文件以行政立法为主,其中存在着公民参与主体地位不高、公民主体参与意识不够、公民参与途径存在障碍等问题。“行政立法过程

中政府处于主导地位,缺乏民意沟通是当前我国行政立法的鲜明特征”^[7]。有关农村农民的社会保障规范性法律文件,主要依靠行政机关对上级传达文件的归纳总结或本级政府部门主导制定,鲜有广泛深入征集农民群体意见,实现有效公众参与的例子;同时,考虑到农民群体参与行政立法的意识不足,他们更相信在解决社会纠纷的问题上,行政力量优于法治力量。因此,“现存多数政府规章基本由相关行政职能部门完成,公众或民间组织提出的草案在申报草案中所占比例非常小。公众自发报名参与立法的积极性并不高,多数凭借推荐产生的参加人选,未必最能代表大众意见,而且在遇到问题时,并不能坚持自己的想法”^[15]。

2. 农村社会保障领域的执法体制仍需完善

新型职业农民社会保障权的实现,不仅依靠立法上的确立,更有赖于行政机关对于权利所指义务的现实承担,也即行政机关通过行使行政职能、行政执法的方式,履行国家所承担的社会保障义务。目前,“我国行政执法实践领域内依然存在权责交叉、多头执法的现象,为公正高效的社会保障体系建立带来严峻挑战”^[8]。由于目前社会保障立法尚存在体系性不强、应急性立法较多等弊端,加之新型职业农民来源多样等现实因素,行政机关在落实具体的社会保障待遇时,往往需要考察多部门、多地区的政策文件加以确认,其中难免出现各部门之间权责边界不清晰、协调合作机制失灵的情况,甚至出现同一主体适用文件竞合冲突的问题。目前从中央到地方,均无法律、法规、政策性文件明确规定社会保障权争议的仲裁、受诉机关。由于有关社会保障政策的通知、文件等大多由多个部门联合发布,容易使各部门面对争议问题时互相推诿,对新型职业农民的社会保障权益造成间接损害。

3. 社会保障权的司法救济体制尚不健全

当下,我国对新型职业农民群体社会保障权的司法救济体制尚不健全,存在司法救济程序有缺陷、司法维权成本过高、法律援助制度在农村未充分发挥效能等问题。惯常情形下,社会保障权的权利人可以通过民事诉讼或行政复议、行政诉讼等方式实现权利救济。根据《中华人民共和国劳动法》第79条及《社会保险法》第83条的规

定,当事人可以通过民事(仲裁)诉讼方式维护其社会保障权利,并受到“劳动争议仲裁前置”原则的约束。但是我国的劳动争议仲裁机构不同于民商事仲裁中的第三方争议解决机关,而是由劳动保障等行政机关进行仲裁裁决,其行政背景对权利救济的完善性存在一定干扰。如果当事人选择通过行政复议、行政诉讼等方式进行权利救济,则可能出现因为不存在共同复议制度,导致人数众多的当事人无法实现权利救济、当事人诉讼请求不被认可而阻塞救济路径等情形^[9]。

除救济渠道不畅外,较高的司法救济成本也是将新型职业农民挡在寻求权利救济大门之外的重要原因之一。首先,新型职业农民群体仍受到“靠天吃饭”这一自然时令因素的影响,在其选择通过司法途径实现自身社会保障权救济时,还面临着司法维权时间与农业生产时间的权衡。由于司法程序通常要消耗较多的时间成本,“马拉松式的诉讼程式与社会保障权人的生存权的亟待实现不相容”^[10],因此该群体在某些重要生产时间节段上,会选择中止对权利进行司法救济。其次,在传统的司法救济模式下,新型职业农民无论与农村用人单位或行政机关之间都处于一种事实上的不平等状态,其在信息获取、证据搜集、法律服务资源利用上均处于弱势。这种“先天不足”决定了新型职业农民若要维权成功,就需要投入更多成本。这种救济途中可能面临的困境,往往使新兴职业农民群体选择其他途径而放弃司法救济。

对社会保障权进行申诉的主体和适用法律援助的主体通常可能存在重合。寻求救济可能发生在当事人存在经济困难的情况下,但目前的法律援助制度在我国农村地区并未充分发挥效能。新型职业农民虽然是农村劳动者中的先进代表,但在农业高风险、不稳定的情况下,依然十分容易因自然灾害、经营不善、投资不当等事由陷入经济困境之中。此时,本可以适用法律援助制度对新型职业农民的社会保障权提供司法救济,但是在农村地区,法律援助面临着适用标准模糊、资金来源渠道过于单一、法律援助队伍不健全、缺乏有效的监督机制等问题^[11],这些问题使法律援助制度未能发挥对新型职业农民进行充分司法保护的功效。

四、推动新型职业农民社会保障权实现的路径选择

(一) 推动社会保障权的内涵阐释与认知转型

1. 社会保障法律关系的各方主体需要正视社会保障权

推动社会保障权的实现需要从观点、视角、理念上推动对其认知转型,而非仅将目光投射在传统的公权与私权二分框架内。具体而言,要做到以下两方面。第一,从多个视角认识社会保障权,实现其权利谱系的丰富,强化社会保障权的供给。应当从社会保障权是新型权利、是公民的权利、是人权的组成部分等多个角度去认识这一权利。无论是学界、执法部门、司法部门还是社会公众,都不应回避这一新型权利所带来的问题,也不能局限于从物质帮助权的视角去理解社会保障制度,而是应当“通过完善社会保障权的权利谱系,提高制度的权利供给能力”^[4],助力现阶段存在于乡村社会中的基本矛盾的解决。第二,要推动社会保障权的结构认知转向。在人口老龄化、人口增速放缓、城镇化进程不断推进等因素影响下,未来农村劳动者们的社会保障权将不仅局限于从物质层面上对其加以保障,“社会保障权的权能应当包括物质保障和精神保障”^[4],“物质帮助权”与“精神帮助权”相结合的社会保障才更符合时代发展的进程。新型职业农民作为未来农村的核心群体之一,其享有的社会保障权当然也应当包括前述两项权能。因此,应当率先在社会保障权的结构上实现认知转向,以应对未来可能产生的新的权利约束。

2. 强化社会保障法律关系中各主体的权利本位观念

强化新型职业农民社会保障法律关系中的权利本位观念,其相关主体主要包括行政机关、新型职业农民个体、农村集体组织等,应当有效强化各类主体的权利意识。首先,将理论界关于社会保障权的通说和最新成果传递到具体的实务部门,提高行政部门、司法部门的社会保障责任意识。社会保障权是一项法定权利、普遍性权利、积极权利^[12],意味着任何一个公民都可以根据法律规定,向政府提出提供社会保障待遇的请

求,也即国家有建立社会保障制度、推动社会保障权实现的义务。当然,这种诉求应当符合一定条件,以保障过滤掉不符合启动社会保障权利保护程序要求的诉请。其次,通过社会组织与法治部门的积极引导与宣传,提升新型职业农民群体的权利意识。农民群体需要明确,作为国家公民,其享有社会保障权具有天然正当性,并且权利的圆满实现需要自身的积极主张与行动。也即新型职业农民社会保障权的实现,从加强权利本位观念的层面来看,不仅行政主体需要改变做法、履行职责,权利主体也应当转变认知,实现从求助权力到行使权利的认知转型^[4]。

(二) 优化新型职业农民人才培养与配套医疗服务制度

1. 加强区域新型职业农民培育方案与社会保障政策的衔接

地方政府在落实新型职业农民各项扶持政策时,应当加强各项政策之间的衔接,使促进劳动就业与保障、社会保障的政策呈现耦合状态。乡村所面临的“谁来种地、如何种地”问题是现实紧迫的,同时,每个地区面临的问题也是千面多样的。在探索新型职业农民社会保障权实现路径的过程中,应当充分考虑社会保障权的功能如何从保障生存扩展至促进就业,以实现这一权利的正向激励作用。将新型职业农民的资质认证与社会保障政策挂钩,会对新型职业农民的潜在来源群体产生激励作用,助力新型职业农民培育工作提质增效,最终化解“农业无人、乡村无人”的潜在风险。以江苏昆山为例,其出台的新型职业农民培育方案使当地的新型职业农民群体不断扩容,并产生了巨大的示范效应,其中就包括推动新型职业农民资质认证与社会保障补贴政策挂钩:“领取《新型职业农民证书》的农民,将正式被纳入社会保险体系、享受社保补贴。在新型合作农场职业农民岗位工作,签订1年以上劳动合同按规定缴纳社会保险费,由昆山市财政给予单位和个人缴纳部分险种的全额社保补贴;以单位就业方式参保的,定额补贴标准以最低社会保险缴费计算的单位缴费数额确定;以灵活就业方式参保的,定额补贴标准以灵活就业参保最低缴费数额的50%确定”^[13]。虽然“昆山模式”以其强大的经济基础作为保障,未必适用于所有地

区,但其中蕴含的理念仍然可以传递到各地方政府,使其根据当地的社会经济发展状况,合理出台适合本地区经济社会发展特点的本级政府激励政策。

2. 健全职业农民医疗服务供给体系

构建多元化的“防治养”相结合的医疗服务供给体系,以应对乡村人口加速老龄化对农村社会保障制度的冲击,维护新型职业农民社会保障权的完满状态。短时期内,我国在国家层面建立新型职业农民专项统筹社会保障资金池的可能性不大,以城乡或县域、市域为界线划定社会保障资金池仍将是主流模式。在此种模式下,乡村不断激增的老龄人口所需要的医疗保障支出将大量消耗池内资金,对处于劳动适龄期的新型职业农民群体社会保障权是一种潜在威胁。因此,需要建立多元主体参与的以“预防为主、防治结合、医养结合”为理念的乡村医疗养老服务供给体系,强化医联体的协作,建立多个省级区域医疗中心,使优质医疗资源能够辐射全省范围内的新型职业农民,并鼓励社会主体开办医养结合机构。其一,以国家战略引领预防医学、老年医学发展,优化供给侧改革,实现对疾病早干预、早介入、早治疗,能够有效降低农村在医疗保障领域的总体开销;其二,多元主体参与农村的医疗服务供给体系建设,能够有效疏解农村的老龄化压力,实现风险分散,保障农村社会保障资金池的安全性。“仅仅依靠政府转移支付、老人自我养老和社会互助精神,根本无法解决农村迫切且严峻的养老问题”^[14],需要积极引入第三方主体,以政府为主导,将村委会、社会公益组织、村民自身、民营企业等主体纳入到体系建设中来,平衡农民医疗服务的供需状态,推动实现医疗保险、养老保险资金的保值增值。

(三) 完善新型职业农民社会保障权的权利供给法律制度

1. 统筹规划、科学建立社会保障领域的立法体系

科学构建社会保障领域的立法体系。本文认为,针对目前社会保障领域立法层级不高、统

一性不足、内容滞后、可操作性不强等问题,应当统筹规划,以建立统一而多层次的社会保障法律体系为目标编制立法规划。首先,应当制定一部在社会保障领域具有统领地位的《中华人民共和国社会保障基本法》,使其在社会保障范畴起到“母法”的作用。该法应以原则性规定为主,对特殊领域应细化规定,以避免次级法律规范对该法的阐释存在误区。其次,以该“基本法”和现行的社会保障领域专门法律文件为依据,整合目前农村社会保障领域已有的法律及制度规范,制定《中华人民共和国农村社会保障法》(以下简称《农村社会保障法》),使其成为“基本法”的重要“子法”之一,为农村居民提供标准统一的社会保障法律规范。并且,基于职业农民在未来现代化农业建设中的特殊地位,应在《农村社会保障法》中设立“职业农民的社会保障”这一专章,专门设计适应职业农民特点的社会保障原则性规范,以形式倾斜保护为手段,达到城乡居民之间的权利实质均等化。最后,各地区应当以当地农村经济发展水平、农村居民消费指数、职业农民人均收入水平等现实情况为参照,出台地方性法规、规章、实施条例等,以加强《农村社会保障法》的现实可操作性,为职业农民群体提供层次清晰的社会保障法律体系。同时,各地区制定涉及职业农民社会保障权的规范性法律文件时,应吸纳职业农民群体充分参与。立法部门应主动走到农村开展实地调研,吸纳职业农民群体的合理建议,完善立法信息公开和意见征求制度,用规范程序提升立法质量,使职业农民对社会保障权的需求能够得到及时的法律和政策回应。

2. 推进农村社会保障领域内执法制度的规范化建设

权利的有效实现在于行政机关对法律的良好执行。对此,应当加强农村社会保障领域的执法制度规范化建设。执法规范化程度越高,就越能在全社会形成法治权威和法治信仰,给人民群众带来的获得感和安全感也会越强^①。

首先,推进政府执法体制改革,厘清部门之间、区域之间、城乡之间的执法界限,避免相互推

①参见魏哲哲:《让行政执法既有力度又有温度(人民时评)》,载人民网 2022 年 1 月 12 日, <http://opinion.people.com.cn/n1/2022/0112/c1003-32329165.html>, 最后访问时间:2024 年 4 月 20 日。

委与交叉执法给行政相对人增设法外义务或减损其合法权益。各地方政府应以现行有效的社会保障立法为依据,对本级人大或政府颁布的规范性文件及时开展“立改废”工作,保证社会保障运行机制中的立法体系与执法依据相协调。其次,立足程序正义与实体正义相结合的原则,强化对执法过程的监管。积极引入电子政务服务模式,将部分执法工作通过网络平台开展,实现行政执法工作利民便民、简洁高效;建立健全外部监督机制,使行政执法工作的全流程都能被人民群众看得见,提升乡镇政府工作的透明度和规范度。最后,强化行政机关工作人员的法治意识。由于涉及社会保障权的行政行为多为行政许可类工作,容易出现事项办理拖沓、行政低效的情况,阻碍公民社会保障权的实现。尤其是乡镇基层的社保工作人员,他们直接处理农民的社会保障权相关事务,任何不当的行为都可能严重损害新型职业农民的社会保障权益。因此,要加强对基层行政执法人员的教育培训与考评监督。

3. 畅通新型职业农民社会保障权的司法救济途径

优化职业农民社会保障权的申诉模式。寻求社会保障权救济的职业农民通常面临着各类生活风险,漫长且烦冗的司法救济程序对其形成沉重负担。考虑到该群体在促进新农业现代化发展中的重要意义,应优先给予其一定的救济程序性规定倾斜。应完善社会保障复议和诉讼的程序性规范,对职业农民等特殊人群作出形式倾斜,在其生活陷入窘境的情况下,向其提供救济程序费用减半收取、延期收取,社会保障审理简易程序等优惠政策。同时,在更广的视域中,应突破现有的社会保障纠纷复议前置限制,允许部分特殊群体直接向法院提起诉讼,节约该群体的维权成本,达到“向公民提供各种救济手段,使其社会保障权受到侵害时都能获得救济”的状态^[15]。

落实《中华人民共和国法律援助法》(以下简称《法律援助法》)的要求,加强区域农村法律援助队伍建设。2022年起《法律援助法》正式施行,为我国农村地区法律援助事业发展提供了具体指引。其第31条明确将“请求给予社会保险待遇或者社会救助”纳入可以申请法律援助的情形

之中,为新型职业农民寻求社会保障权法律救助提供了明确的法律指引。首先,各省级人民政府应当依据该法和地区经济社会发展水平,动态调整“经济困难”的认定标准,对职业农民群体应当综合考虑其家庭经济状况、身体健康状况、知识水平程度、再就业能力等因素,认定其是否在某一特定时间内达到“经济困难”,对受援助当事人进行实质认定,而非停留在形式认定层面上。其次,应当加强农村地区法律援助队伍建设,通过经济和政策方面的优化,吸引更多高水平执业律师为新型职业农民群体提供法律援助;各地区法律援助机构应当积极协调律师协会与各地村(居)民委员会等组织的对接,建立信息化法律援助服务平台,为职业农民群体提供更具针对性的法律援助服务。最后,积极推广信息化法律援助工作,使农民群体能够充分了解法律援助工作,提升其维权意识,并通过法律援助制度有效维护自身的社会保障权。

五、结语

新型职业农民是实现乡村振兴战略,处理好新时代“三农”问题的“关键少数”。在不断培育壮大其群体数量,维护好该群体传统权益的过程中,应当注意如何实现好该群体的社会保障权。探索实现新型职业农民社会保障权的路径,应当从推动社会保障权内涵阐释与认知转型、优化农村人才培育与配套医疗服务制度、完善新型职业农民社会保障权的权利供给法律制度等方面着手,将“农民”作为一项具体职业对待。通过探索社会保障权的实现路径,推动新型职业农民社会保障权的有效实现,是对建设法治中国、落实和保障人权等战略问题和强化乡村振兴工作的兜底保障,是对疏解农村老龄化问题加剧、提升农业队伍聚才引才能力等现实需求的有效回应。

[参考文献]

[1] 吴忠权,沈心一. 论新型职业农民的属性及其来源[J]. 决策与信息,2022(10):64-71.
[2] 王景通. 社会保障权在我国法语境中的新型权利属性[J]. 贵州社会科学,2021(05):74-82.
[3] 王峰. 社会保障权解析[J]. 实事求是,2017(02):94-99.

[4]胡湛. 传统与超越:中国当代家庭变迁与家庭政策[M]. 北京:社会科学文献出版社,2018:97-98.

[5]沈琼. 新型职业农民持续务农的关键因素及面临的难题[J]. 社会科学家,2020(09):15-21.

[6]张献政,边恕. 我国农村社会保障体系存在的问题及对策研究[J]. 农业经济,2021(02):70-73.

[7]李卫刚,李艳军. 行政立法中的公众参与——以政务诚信建设为视角[J]. 西北师大学报(社会科学版),2021(04):116-123.

[8]刘正远. 全面依法治国背景下社会保障制度存在的问题及其对策研究[J]. 周口师范学院学报,2021(04):50-56.

[9]高峰,郭璟. 完善劳动者社会保障权益保护的司法途径探究——以李某风案为例[J]. 法制与经济,2022(06):82-87.

[10]付龙飞. 公益诉讼:社会保障权救济的新路径[J]. 河南财经政法大学学报,2014(04):124-130.

[11]沈丽飞,贾舒琪. 当前农村弱势群体法律援助面临的问题和对策[J]. 河北法学,2020(05):117-125.

[12]刘翠霄. 社会保障权的基本理论问题[J]. 温州大学学报(社会科学版),2016(05):40-49.

[13]李丽,张国平. 乡村振兴背景下完善新型职业农民社会保障制度的思考——对273名培训对象的调查[J]. 安徽农业科学,2020(02):253-256.

[14]李娟. 大福利+小公益:农村社会化养老模式新探索[J]. 理论探索,2022(06):108-113.

[15]金锦萍. 论法典化背景下我国社会保障法的体系和基本原则[J]. 法治研究,2023(03):33-48.

【责任编辑:柴 玮】

Analysis of the path to realize the social security rights of new professional farmers

Zou Shiyun,Zhang Hanbo

(Dongbei University of Finance and Economics,Dalian Liaoning 116025,China)

Abstract: The new professional farmers are an important talent base for the comprehensive implementation of the rural revitalization strategy. Strengthening the legal protection of the rights of new professional farmers is conducive to the construction of talent teams and the promotion of the full realization of the social security rights of new professional farmers, which has profound theoretical significance and practical needs. At present, the social security rights of new professional farmers face difficulties in the legal realization of the rights, such as insufficient interpretation of the connotation of rights, increased difficulty in realizing rights due to aging pressure and imperfect legal system for the provision of social security rights. Promoting the interpretation of the connotation of social security rights and cognitive transformation, optimizing the cultivation of new professional farmers and supporting medical service systems, and improving the legal system for the provision of social security rights are effective ways to promote the realization of the social security rights of new professional farmers.

Key words: new professional farmers; social security rights; rural revitalization; rights realization

申请指定遗产管理人的法律问题研究

浦纯钰,孔潇潇

(江南大学,江苏 无锡 214000)

〔摘要〕《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国民事诉讼法》规定了申请指定遗产管理人的指定情形、管辖法院、申请主体范围及指定原则,但是在司法实践中,法院将遗产管理人的指定范围仅限于遗嘱执行人、继承人、村委会及民政部门四种主体,不同法院对“有利于遗产管理”这一原则的判定标准不一,民政部门及村委会在担任遗产管理人时存在缺乏规范文件指引和专业知识欠缺等情形。为此,建议扩大遗产管理人的指定范围,细化遗产管理人的指定原则,对民政部门、村委会担任遗产管理人的应当出台相应的操作指引,以进一步发挥遗产管理人的功能和作用。

〔关键词〕遗产管理人;申请主体;判定标准;操作指引

〔作者简介〕浦纯钰(1963—),女,江苏无锡人,江南大学法学院副教授,主要从事民商法学研究;孔潇潇(1999—),女,江苏徐州人,江南大学法学院2020级法律(非法学)硕士研究生,主要从事民商法学研究。

〔收稿日期〕2024-02-24

〔中图分类号〕D913〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)03-086-07

一、研究背景

遗产管理人主要由遗嘱指定、继承人推选或者共同担任,由被继承人生前住所地民政部门或村民委员会担任,或通过法院指定方式产生。在《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)生效之前,梁慧星教授、陈苇教授、杨立新教授均在《民法典》(建议稿)中对此问题作出讨论。梁慧星教授认为,在未确定遗产执行人也不存在法定继承人的状况下,村(居)民委员会可以担任遗产管理人;王利明教授认为,没有人继承和继承人全部放弃继承时,村(居)民委员会可以担任遗产管理人;杨立新教授认为,没有人继承遗产时,应当由相关部门和基层组织通知民政部门指定遗产管理人。《民法典》生效后,学者陈杭平认为,继承人放弃继承在司法实务中如何判定,是须进一步探讨的疑难问题,学界应当对其做出

研讨^①。

《民法典》所规定的遗产管理人是指经遗嘱指定或法院指定等方式产生,以实现遗嘱内容为目的的民事主体,具有独立于被继承人和继承人的法律地位^②。《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)在第十五章“特别程序”中增设第四节,共计4个法条,与《民法典》规定的遗产管理人制度相衔接,细化了遗产管理人制度的程序法规则,明确规定了指定遗产管理人案件的类型、管辖法院、申请书内容、办案原则,遗产管理人缺位、失权或失职后的救济。根据《民法典》相关规定,遗产管理人的产生顺序如下:遗嘱执行人→继承人推选→全体继承人共同担任→民政部门或村民委员会→有争议的申请人民法院指定^③。本文着眼于指定遗产管理人的立法与司法现状,围绕遗产管理人的指定主体、

①参见陈杭平:《论债务人的继承人放弃继承之程序进行》,载《现代法学》2020年第2期,第181-193页。

②参见王葆蔚,吴云焱:《〈民法典〉遗产管理人制度适用问题研究》,载《财经法学》2020年第6期,第51-66页。

③参见吴国平:《论遗产管理人产生变更规则的法律完善》,载《福建江夏学院学报》2022年第1期,第38-44+102页。

指定范围、指定程序展开分析,梳理司法实践中指定遗产管理人存在的争议问题并提出完善建议,以期对申请指定遗产管理人的法律完善与实践探索有所裨益。

二、申请指定遗产管理人的立法现状

《民法典》第 1146 条规定的“确定有争议”一般指以下情形^①:(1)不认可遗嘱执行人作为遗产管理人;(2)无法及时推选遗产管理人;(3)继承人均不愿意共同担任遗产管理人;(4)没有继承人或继承人均放弃继承的。上述情况下均可请求人民法院指定遗产管理人。

《民事诉讼法》第 194 条第 1 款规定了申请指定遗产管理人的管辖法院,第 195 条规定了指定遗产管理人的原则为“有利于遗产管理”。结合《民法典》及《民事诉讼法》涉及遗产管理人的相关条款,申请指定遗产管理人主要包含以下几种情形:

(一)被继承人指定遗产管理人

《民法典》第 1145 条第 1 分句阐明^②,有遗嘱执行人的,继承开始后该遗嘱执行人自动成为遗产管理人;没有遗嘱执行人的,可用其他方式产生遗产管理人。此种情形下,被继承人按照个人意愿指定遗嘱执行人为遗产管理人。

(二)继承人指定遗产管理人

《民法典》第 1145 条第 2 分句赋予继承人指定遗产管理人的权利^③。继承人指定的遗产管理人,可以在继承人范围之内但不局限于继承人范围。

(三)人民法院指定遗产管理人

出现法院指定遗产管理人的情况,说明继承人对遗产管理人的推选产生了争议,有可能是继承人对遗产的继承发生了纠纷,也有可能是单纯

的遗产管理人选任纠纷。若为后者,法院可根据具体情况,通过特别程序确认遗产管理人。如王某某与某民政局遗产管理纠纷一案^④,因被继承人无其他继承人,王某某以某民政局作为遗产管理人诉至人民法院。某民政局认为,能否担任遗产管理人应由人民法院依法认定。后人民法院以被继承人生前居住在该民政局辖区内为由,认为民政局作为被继承人的遗产管理人符合法律规定,诉讼主体资格适格,可以作为本案的诉讼主体。此种情形下,原告王某某根据《民法典》第 1145 条规定以民政部门为遗产管理人提起诉讼,人民法院在案件审理过程中,依法指定某民政局为遗产管理人。

三、申请指定遗产管理人的司法现状

(一)指定遗产管理人的情形

《民法典》第 1146 条规定,申请指定遗产管理人的前置条件为“对遗产管理人的确定有争议”。在司法实践中,“对遗产管理人的确定有争议”一般指下列情形:(1)没有继承人或继承人均放弃继承权;(2)遗产处理陷入僵局,有两个以上的继承人争夺担任遗产管理人。

笔者以中国裁判文书网为检索工具,设定关键词为“遗产管理人”、案件类型为“民事案件”、裁判日期为“2020 年 1 月 1 日至 2023 年 12 月 31 日”、文书类型为“判决书”、公开类型为“公开文书”,对《民法典》实施后发生的涉遗产管理人案件进行检索,共搜索到 1596 份判决,其中涉及指定遗产管理人的案件为 60 件。通过案例梳理,本文将申请指定遗产管理人案件分为三类:一是适用特别程序仅对遗产管理人做出指定;二是利害关系人在具体诉讼中,由于案件需要申请追加遗产管理人;三是法院在具体诉讼中,为满足案件

①参见《民法典》第 1146 条规定:“对遗产管理人的确定有争议的,利害关系人可以向人民法院申请指定遗产管理人”。
②参见《民法典》第 1145 条规定:“继承开始后,遗嘱执行人为遗产管理人;没有遗嘱执行人的,继承人应当及时推选遗产管理人;继承人未推选的,由继承人共同担任遗产管理人;没有继承人或者继承人均放弃继承的,由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人”。
③参见《民法典》第 1145 条规定:“继承开始后,遗嘱执行人为遗产管理人;没有遗嘱执行人的,继承人应当及时推选遗产管理人;继承人未推选的,由继承人共同担任遗产管理人;没有继承人或者继承人均放弃继承的,由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任管理人”。
④参见无锡市新吴区人民法院:(2023)苏 0214 民初 6606 号民事判决书,载中国裁判文书网,bsite/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId = d3b1a99a2b3822b8b17bbd8556ab2ffe&s7,最后访问时间:2023 年 12 月 22 日。

审理需要主动指定遗产管理人。上述三种情况中,第一种情况占比最多(约为60%),且情形多为被继承人的债权人申请人民法院指定继承人或在无人继承情形下指定民政部门或村民委员会为遗产管理人,以实现债权。

(二) 遗产管理人的申请主体范围

《民事诉讼法》第194条第1款规定,“利害关系人”可以作为指定遗产管理人的申请主体,其范围一般包括遗嘱执行人、继承人、被继承人生前住所地的民政部门或村民委员会等,具体情形及案例如下:

1. 在司法实践中满足一定条件的债权人可以作为申请主体。如高某某与上海市奉贤区某村村民委员会申请指定遗产管理人一案,申请人认为法定继承人均表示放弃继承,自己作为债权人,有权作为利害关系人向法院申请指定被继承人生前住所地村民委员会作为遗产管理人,人民法院经审查后同意债权人申请^①。

2. 对被继承人尽到主要扶养义务的申请人与遗产妥善保管之间存在法律上的利害关系,可以作为“利害关系人”申请指定遗产管理人。如最高人民法院公布的“2023年度人民法院十大案件”之“江苏孤寡残疾老人遗产指定管理人案”中^②,被继承人杨某是听障老人,生活无法自理。顾氏三兄弟的祖母早年曾照顾过杨某,后顾氏三兄弟共同照顾杨某多年直至杨某病故。2022年,顾氏三兄弟向法院申请指定某民政局为杨某的遗产管理人。法院审理后,同意顾氏三兄弟作为“利害关系人”申请指定遗产管理人。

3. 在债务人和继承人均放弃继承的情况下,人民法院可根据债权人的申请,指定被继承人住所地的民政部门作为遗产管理人。如益阳市某人民法院审理的一起案件中,当事人雷某去世后,债权人将继承人诉至益阳市某人民法院,二位法定继承人无法厘清雷某财产,遂向法院提交《放弃继承权声明书》,明确表示放弃对雷某所有

遗产的继承。此时,债权人提出的诉讼已无适格被告。案件承办法官为了保护当事人及利害关系人合法权益,向继承人介绍了相关法律法规,继承人遂向人民法院提出申请,请求指定益阳某社会事业局担任雷某的遗产管理人。益阳市某人民法院依法支持了继承人的请求。人民法院指定社会事业局作为遗产管理人的主要依据,是社会事业局负责综合管理区域内民政事务,承担民政部门的部分职能。

(三) 遗产管理人的指定范围

依据《民法典》第1145条规定,遗嘱执行人、继承人、被继承人生前住所地的民政部门或村民委员会,可以在符合条件的情况下被指定为遗产管理人。对于居民委员会、律师事务所能否担任遗产管理人,相关法律并未对其准入路径作出限定,但司法实践中指定上述四种主体之外的主体为遗产管理人的情形较少。在笔者检索的案例中,仅有1起案件申请指定律师事务所为遗产管理人,但被人民法院判决驳回诉讼请求。在申请人喻某珍申请指定遗产管理人一案中,申请人喻某珍作为被继承人的配偶,与其他继承人一同放弃继承权后,共同委托A律师事务所作为遗产管理人,代为处置被继承人的债务纠纷。后因负责该事宜的律师更换执业的律师事务所,为便于继续管理遗产、处置纠纷,喻某珍以利害关系人的身份,申请指定B律师事务所作为新的遗产管理人,但人民法院以其申请的对象不符合法律规定为由驳回申请。从判决结果看,人民法院对继承人自行更换B律师事务所作为遗产管理人持否定态度,但未对继承人第一次委托的A律师事务所作出对象无效认定。可见,律师事务所等专业机构欠缺直接参与遗产管理的法律基础,难以在司法实践中获得认可。

另外,在石某某、刘某某诉上海市某区民政局申请指定遗产管理人纠纷案件中,申请人于

①参见上海市奉贤区人民法院:“高爱红与上海市奉贤区南桥镇曙光村村民委员会申请指定遗产管理人特别程序”民事判决书,(2023)沪0120民特5号,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=0Bjfb7>Ⅱ,最后访问时间:2023年12月22日。

②参见《人民法院报》案件部:《2023年度人民法院十大案件》,载最高人民法院微信公众号,https://mp.weixin.qq.com/s/JUS3_xCE71BP975DBUmSuA,最后访问时间:2024年1月11日。

2013 年向方某及其父母购买了位于上海市某区的房屋,但一直未办理过户手续,后方某于 2021 年 1 月 2 日死亡^①。经查,方某无法定继承人,案涉房屋登记在方某名下,无法完成过户手续。根据《民法典》的规定,申请人请求法院指定被申请人上海市某区民政局为方某的遗产管理人。上海市某区民政局提出,方某生前户籍所在地为上海市某区,隶属于某居民委员会管辖。村民委员会、居民委员会是并行概念,权责范围并无二致,因此,该区某居民委员会更适合担任方某的遗产管理人。人民法院对该民政局的答辩意见不予认可,认为《民法典》并未规定在没有继承人的情况下,居民委员会具有遗产管理人资格。在居民委员会明确拒绝担任遗产管理人的情况下,不应指定其为遗产管理人。

四、申请指定遗产管理人的困境

(一) 遗产管理人的指定范围具有局限性

根据笔者检索的案例来看,遗产管理人的选任存在一定局限性,人民法院将遗产管理人的指定范围仅限于遗嘱执行人、继承人、村民委员会及民政部门四种主体。虽然法律没有作出禁止性规定,司法机关仍然倾向于“法无授权不可为”的保守态度,民政局、村民委员会等作为兜底遗产管理人的做法已成为普遍现象。全国人大常委会法工委对遗产管理人的指定范围持保守意见,即对于遗产管理人有争议并向法院申请指定的,法院只能从上述四种主体中选定,将律师事务所等机构排除在外^②。但从现实情况可知,律师事务所等机构对于处理遗产管理案件具有较为丰富的经验,在处理被继承人债权债务纠纷时操作更加规范。当前,国外法院指定律师事务所作为遗产管理人的经验较为丰富,我国也有多家

律师事务所尝试受理遗产管理人业务^③。

(二) 遗产管理人指定原则的判定标准不一

《民事诉讼法》第 195 条规定了指定遗产管理人的原则为“有利于遗产管理”,该原则在不同案例背景下有不同的体现。无论各方主体是争当遗产管理人还是不愿意当遗产管理人,人民法院通常会根据案件背景指定遗产管理人。在欧某士申请指定遗产管理人一案中,福建省厦门市思明区某处已有数百年房龄的房屋原业主魏姜氏(19 世纪生人)已身故,生前未留有遗嘱,亦未指定遗嘱执行人或遗产管理人。继承人之间因遗产管理问题分歧巨大,未能顺利实现析产继承。后继承人诉至人民法院,请求确定祖宅的遗产管理人。人民法院在继承人争当遗产管理人的情况下引入“竞标”机制,要求争当遗产管理人的各继承人分别阐述管理遗产的理由。人民法院秉承最大限度尊重被继承人遗愿、最大限度发挥遗产效用,最有利于遗产保护、管理、债权债务清理的原则,通过评审确定合适的遗产管理人^④。在黎某某遗产管理纠纷一案中^⑤,双方争议焦点为:(1)推选遗产管理人应采用少数服从多数原则还是一致同意原则;(2)指定遗产管理人的标准及原则。关于指定遗产管理人应采用何种原则,人民法院认为法律未作出明确规定,但以多数人意见作为遗产管理人的指定方式缺少法律依据。遗产管理人的行为需建立在全体继承人信任的基础之上。遗产管理人制度带有浓厚的继承底色,因此不应采用少数服从多数原则。另外,此案中对指定遗产管理人的标准作出了细化,认为指定遗产管理人应当结合利益冲突最小化原则,亲疏远近原则,时间、精力及意思表示,对遗产的熟悉度及范围,争当遗产管理人的具体

①参见上海高院研究室,中国上海司法智库:《第 252 期 指定民政部门担任遗产管理人制度的司法实践展开》,载上海司法智库微信公众号,https://mp.weixin.qq.com/s/3tvunZKGonU77a10-qCRKw,最后访问时间:2024 年 1 月 21 日。

②参见黄薇:《中华人民共和国民法典继承编解读》,北京:中国法制出版社 2020 年版,第 117 页。

③参见罗师:《〈民法典〉视域下遗产管理人制度实务问题研究》,载《社会科学动态》2022 年第 7 期,第 104-112 页。

④参见最高人民法院:《祖宅到底归谁管理,法院想到一个好办法》,载最高人民法院官方百家号,https://baijiahao.baidu.com/s?id=1705987547821048446&wfr=spider&for=pc,最后访问时间:2024 年 1 月 22 日。

⑤参见四川省乐山市金口河区人民法院:“黎海霞遗产管理纠纷”民事判决书,(2023)川 1113 民特 2 号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=9337a82e26dcf0a5323a3b1312f2e174&s7,最后访问时间:2024 年 1 月 21 日。

行为等情况,针对性细化个案标准。

司法实践中也出现人民法院以“不利于遗产管理”为由驳回诉讼请求的判决。在吉林某农村商业银行股份有限公司、临江市桦树镇某村村民委员会遗产管理纠纷指定遗产管理人一案中^①,被继承人张某某死亡后,其继承人均放弃继承权,债权人申请指定某村村民委员会作为张某某的遗产管理人。人民法院认为,遗产管理人制度旨在由专门主体秉持公平、诚信的原则对遗产进行管理,保障继承人和债权人的合法权益不受侵害。遗产管理人应具有独立的法律地位,以保证其不受继承人及其他遗产利害关系人的影响。村民委员会作为被继承人张某某的债权人,且张某某曾担任村民委员会主任及村党支部书记多年,指定村民委员会作为其遗产管理人不利于设立遗产管理人目的的实现。因此,法院最终驳回了农商银行的申请。

(三)民政部门与村民委员会担任遗产管理人存在现实困境

通过梳理申请指定遗产管理人的司法判例,笔者发现,当被继承人面对高额债务选择放弃继承后,申请村民委员会或民政部门担任遗产管理人解决诉讼担当问题时,人民法院为保障债权人权益通常指定村民委员会或民政部门担任遗产管理人兜底。从现实层面来看,村民委员会担任遗产管理人存在一些困难:被继承人长期脱离村集体,导致村民委员会在管理遗产时难以着手;尚未有明确的遗产管理范围与具体操作细则文件为村民委员会履职提供参考;村民委员会成员可能不具备法律专业知识,在管理遗产时面临较大挑战;司法实践中,尚未明确村民委员会是否可以委托专业机构代替自己履行遗产管理职责。

另外,在人民法院指定遗产管理人的案件中,民政部门或村民委会是否有权拒绝担任遗产管理人,在司法实践中可以以何种理由拒绝担任遗产管理人,值得关注。在蔡某申请指定上海市某民政局担任遗产管理人一案中^②,蔡某多年来

尽心尽力照顾被继承人陈某直到其去世。陈某去世后发现其遗嘱,蔡某向人民法院申请指定上海市某民政局为陈某的遗产管理人。该民政局以无法确定被继承人生活地、居民委员会或村民委员会对被继承人遗产范围及继承人范围更为了解为由,拒绝担任遗产管理人。人民法院认为:其一,法律并未规定在没有继承人的情况下,居民委员会具有遗产管理人资格。本案中申请人未申请居民委员会担任遗产管理人,被申请人应诉后也未申请追加居民委员会为遗产管理人,故不应直接指定居民委员会为遗产管理人。其二,根据《民法典》有关规定,遗产管理人应当履行的职责包括清理遗产并制作遗产清单,采取必要措施防止遗产毁损、灭失,按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产等,故被申请人被指定为遗产管理人后,其应对陈某的遗产范围进行清理,遗产范围未定和遗嘱真实性不确定等情况均不是不担任遗产管理人的理由。其三,被申请人辩称对陈某的情况不熟悉,但其作为基层民政部门,不能据此拒绝履行法定职责,而应积极探索、逐步完善相应的履职保障措施。人民法院提出的理由,涵盖了司法实践中大多数拒绝担任遗产管理人的理由。由此可见,申请指定遗产管理人后,民政部门或村民委员会拒绝担任遗产管理人的可能性较小。

五、指定遗产管理人的路径探析

(一)扩大遗产管理人指定范围

在申请人民法院指定遗产管理人的情况下,人民法院一般以民政部门和村民委员会作为优先指定对象。但目前人民法院指定范围过小,难以解决司法实践面临的现实困境。本文认为,应当适当扩大遗产管理人的指定范围,将律师事务所及居民委员会纳入遗产管理人范围。

例如,四川某律师事务所受被继承人家属委托,作为遗产管理人处置被继承人生前留下的债

①参见吉林省临江林区基层法院:“吉林临江农村商业银行、临江市桦树镇西南岔村村民委员会遗产管理纠纷指定遗产管理人”民事判决书,(2022)吉7601民特2号,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pagelId=9337a82e26dcf0a5323a3b1312f2e174&s7>,最后访问时间:2024年1月21日。

②参见上海市浦东新区人民法院:“蔡恩沛与上海市浦东新区民政局申请指定遗产管理人特别程序”民事判决书,(2023)沪0115民特44号,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pagelId=9337a82e26dcf0a5323a3b1312f2e174&s7>,最后访问时间:2024年1月21日。

债权债务。因该案中被继承人所遗留的债权债务关系复杂,全体第一顺位继承人均宣布放弃继承,并与该律师事务所签订了“遗产管理人协议书”。后律师事务所成立工作组在报纸上发布遗产处置公告,受理 37 人次的遗产债权申报工作,多次修改遗产管理方案,最终诉讼主体资格被法院认可。该案被称为“律师事务所担任遗产管理人第一案”^①,发生在《民法典》颁布实施之前。现《民法典》已颁布实施两年之久,理应将律师纳入遗产管理人范围。此外,多地已经出台律师担任遗产管理人的规范文件,如广州市律师协会、深圳市律师协会在 2021 年相继出台了“律师担任遗产管理人操作指引”,对律师担任遗产管理人的操作流程、法律文书样本作出说明,并配套发布相应的律师担任遗产管理人入库工作方案等。第三方专业机构担任遗产管理人具有可行性。由此可见,扩大遗产管理人的指定范围、选任专业化的遗产管理机构是未来发展趋势。

村民委员会和居民委员会同属于基层群众自治性组织,二者具备相同的社会职能。笔者认为,居民委员会同样可以承担遗产管理人角色。首先,在多数情况下,相较于民政部门,居民委员会对被继承人的了解程度更高;其次,居民委员会本身就是社会团体法人,在行使遗产管理人职能时较为方便,其具有的调解职能,可以在处理遗产管理问题时缓解民政部门的工作压力。

(二) 细化遗产管理人指定原则

《民事诉讼法》第 195 条规定了指定遗产管理人的原则,即“有利于遗产管理”。笔者认为“有利于遗产管理的原则”可以细化为以下几个方面。

1. 公正性原则

遗产管理人制度的立法宗旨是发挥遗产的最大效益,以保障各方主体权益。遗产管理人不是被继承人或继承人任何一方利益的代表,故遗产管理人是否能够公平公正地履行职务,是遗产管理人选任的首要原则。只有公正才能保证遗产管理人尽最大努力管理和处理遗产,保证遗产

分配过程不受其他因素的影响。

2. 专业性原则

原《继承法》颁布至今已近四十年时间,在未设立遗产管理人制度的情况下,许多遗产问题的处理较为顺利。在各方争议较小的情况下,也不是必须有遗产管理人参与案件。由人民法院指定遗产管理人的情形,是由于实践中出现了遗产管理较为复杂或必须有遗产管理人存在才能解决问题的情况。此种情形下,遗产管理人需具备遗产管理的专业知识,懂得遗产分配的基本规则、各种遗嘱形式的效力等,以保障继承人和其他利害关系人的合法权益。故遗产管理人应当具备一定的法律专业能力。

3. 便利性原则

设立遗产管理人制度的目的之一,就是高效处理遗产。司法裁判应在追求公正的同时,注重提高司法效率,以保障债权人合法权益早日实现。《民法典》中遗产管理人制度的落地实施,司法是重要环节之一。应积极适用遗产管理人制度,以实现遗产的流转与传承。具体而言,若遗产已在某继承人的控制管理下,人民法院认为再由其他继承人担任遗产管理人不利于维护财产现状,一般不支持其他继承人担任遗产管理人;若某继承人先前的行为对遗产处理产生重大不利影响,人民法院一般不应指定该继承人担任遗产管理人。

(三) 出台民政部门、村民委员会担任遗产管理人的工作指引

司法实践中,人民法院指定民政部门和村民委员会担任遗产管理人的情形较多,但缺乏具体的规范性文件。目前,已有地方部门对民政部门担任遗产管理人的操作流程作出规范并出台相关规范文件,如北京市民政局颁布的《民政部门担任遗产管理人工作指引》、上海财经大学法学院制定的《遗产管理人操作流程(C 1.0 版)》等。2023 年 7 月 18 日,上海市高级人民法院、上海市民政局下发了《关于民事诉讼中民政部门担任遗产管理人的实施意见》,进一步明确了民政部门

①参见广西壮族自治区环江毛南族自治县人民法院:“韦俊农诉四川卓宇律师事务所等民间借贷纠纷”一审民事裁定书,(2019)桂 1226 民初 1144 号,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHT2W0/index.html?pageId=cb3f8e085a3ddbb664fb851c0e9cd666&s7>,最后访问时间:2024 年 2 月 21 日。

担任遗产管理人的程序和条件。因此,应当为民政部门和村民委员会制定担任遗产管理人的工作指引,内容包括担任遗产管理人的职责、如何妥善保管遗产、如何确认被继承人的债权债务、不适宜担任遗产管理人的具体情形等。在制定规范文件时须明晰执行权的交叉问题,因为案件经人民法院审理进入执行程序后,民政部门、村民委员会作为遗产管理人,其清理遗产的职责与法院执行权交叉,需要明确遗产管理人(民政部门、村民委员会)和执行法院的各方职责。且案件进入执行程序后,执行法院将对被执行人的财产进行查询并依法作出处理,在继承人均放弃继承和缺乏财产线索的情况下,民政部门调查剩余遗产的难度极大。在此种情况下,为提高司法效率、减轻民政部门与村民委员会的压力,建议不再赋予民政部门、村民委员会调查剩余遗产的职责,仅需做好被执行人财产情况申报工作即可。

[参考文献]

[1]陈杭平.论债务人的继承人放弃继承之程序进行[J].现代法学,2020(02):181-193.

[2]王葆蔚,吴云焜.《民法典》遗产管理人制度适用问题研究[J].财经法学,2020(06):51-66.

[3]吴国平.论遗产管理人产生变更规则的法律完善[J].福建江夏学院学报,2022(01):38-44.

[4]黄薇.《中华人民共和国继承编解读》[M].北京:中国法制出版社,2020:117.

[5]罗师.《民法典》视域下遗产管理人制度实务问题研究[J].社会科学动态,2022(07):104-112.

[6]赵莉.实体与程序并驾驱动遗产管理人制度[J].法治现代化研究,2023(03):115-124.

[7]宋毅,史智军.民政部门之遗产管理人角色相关疑难问题辨析[J].法律适用,2023(05):136-143.

[8]吴国平.民法典遗产管理人制度的规则适用与立法完善[J].法治现代化研究,2022(02):110-122.

[责任编辑:柴 玮]

Research on legal issues of applying for the designated estate administrator

Pu Chunyu, Kong Xiaoxiao

(Jiangnan University, Wuxi Jiangsu 214000, China)

Abstract: The Civil Code of the People’s Republic of China and the Civil Procedure Law of the People’s Republic of China stipulate the designated condition the jurisdiction of the court, the scope of the subject of the application and the principle of designation of applying for the designated estate administrator. However, in judicial practice, the court limits the scope of the appointment of the estate administrator to four main subjects of the executor, the heir, the village committee and the civil affairs department. Different courts have different criteria for determining the principle of “conducive to estate management”. The civil affairs department and the village committee lack of normative documents and professional knowledge when serving as estate administrators. To this end, it is recommended to expand the scope of the designation of the estate administrator, refine the principle of the designation of the estate administrator and issue corresponding operation guidelines for the civil affairs department and the village committee as the estate administrator, so as to further give full play to the function and role of the estate administrator.

Key words: estate administrator; applicant; judgment standard; operation guidelines

【法学理论研究】

检察机关在生态环境损害赔偿制度中的
角色定位研究

梁春艳, 余 艳

(广西大学, 广西 南宁 530004)

〔摘 要〕在生态环境损害赔偿制度中,检察机关基于其特殊的功能定位,既可以以原告身份提起环境行政公益诉讼,监督作为赔偿权利人的行政机关索赔;也可以以支持起诉的方式参与生态环境损害赔偿诉讼,发挥其他主体不具备的职能优势。当前,由于检察机关支持起诉与法律监督的适用边界缺乏明确具体的规范依据,导致检察机关在司法实践中面临角色困境。生态环境损害赔偿是一种新型行政执法方式。从协商行政理论出发,作为监督机关的检察机关,只有在行政机关穷尽行政手段索赔无效的情况下,才能启动支持起诉程序;检察机关亦可适时提起环境行政公益诉讼,以诉讼方式对赔偿权利人依法履职进行监督。结合我国生态环境损害赔偿制度实施现状,对检察机关依法履职的依据和路径进行细化考量,可以进一步强化检察机关的法律监督职能,促进实现人与自然和谐共生的“中国式现代化”。

〔关键词〕生态环境损害赔偿;检察机关;支持起诉;法律监督

〔基金项目〕本文系2019年教育部人文社会科学研究一般项目“生态环境损害赔偿与环境公益诉讼的衔接机制研究”(项目编号:19YJC820032)和广西壮族自治区人民检察院检察理论研究课题“公益诉讼专门立法中的重点难点问题研究”(项目编号:GJ2023B19)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕梁春艳(1987—),女,广西玉林人,广西大学法学院讲师、硕士生导师,法学博士,主要从事环境与资源法学研究;余艳(1997—)女,四川遂宁人,广西大学法学院2021级法律(非法学)硕士研究生,主要从事环境与资源法学研究。

〔收稿日期〕2024-01-07

〔中图分类号〕D922.68;D926.3;X321〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)03-093-12

习近平总书记在党的二十大报告中明确指出:“中国式现代化是人与自然和谐共生的现代化”。在全面建设社会主义现代化国家过程中,应当尊重自然、顺应自然、保护自然。“企业污染、群众受害、政府买单”的困局在我国经济发展进程中长期存在。为了解决此发展难题,我国创造性地构建了生态环境损害赔偿制度。在该制度推行与实践过程中,政府与学界更多地探讨检察机关在必要时如何正当地提起环境公益诉讼,却较少客观、理性地反思检察机关在生态环境损害赔偿中的功能定位。事实上,检察机关在赔偿权利人索赔时支持起诉或进行法律监督,

并不是随意性适用,而是应有明确的适用边界及适用逻辑。这一问题在生态环境损害赔偿制度从理论走向实践的过程中,更显得日渐重要。基于此,本文在反思检察机关功能定位的基础上,进一步探索如何优化检察机关在生态环境损害赔偿磋商与诉讼中的角色,以保障“人与自然和谐共生”的中国式现代化得以顺利实现。

一、生态环境损害赔偿制度的核心内涵和法律属性

生态环境损害赔偿制度创建的本质是政府运用磋商或诉讼手段来弥补行政机关环境执法

的不足。为更好地研究检察机关在生态环境损害赔偿制度中的角色定位,首先需要厘清生态环境损害赔偿制度的核心内涵和法律属性。

(一)生态环境损害赔偿制度的核心内涵

“人与自然和谐共生”作为中国式现代化的重要内容,已经在党的二十大报告中予以明确。在推动绿色发展过程中,为破解“企业污染、群众受害、政府买单”的困局,中共中央办公厅、国务院办公厅于2015年12月3日印发并实施《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》,确立了生态环境损害赔偿制度。经过试点后,2017年8月29日中央全面深化改革领导小组第三十八次会议审议通过,2017年12月17日中共中央办公厅、国务院办公厅正式发布的《生态环境损害赔偿制度改革方案》(以下简称《改革方案》),进一步完善了这种我国创造性设立的新型环境损害救济制度。《改革方案》规定,造成严重影响环境后果的,应追究行为人对生态环境损害赔偿责任,这就限定了生态环境损害赔偿制度的适用范围。政府主体作为赔偿权利人,在生态环境损害赔偿制度中承担着主导索赔的职能。在生态环境遭到严重损害的情况下,基于自身职权,向有关单位或者个人提起索赔。赔偿权利人向赔偿义务人索赔时可以进行磋商,磋商失败时,赔偿权利人可以提起生态环境损害赔偿诉讼。无论是磋商还是诉讼,都是行政机关履行环境保护职责,对破坏环境行为的追责方式。赔偿义务人承担责任的方式以修复环境为主,只有因客观原因无法修复时,才利用货币赔偿方式间接担责。多元化责任承担方式的设计,有利于更好实现生态环境

损害赔偿制度设立的目的。

(二)生态环境损害赔偿制度的法律属性

赔偿权利人提起生态环境损害赔偿诉讼索赔前,应先与赔偿义务人磋商。磋商在生态环境损害赔偿实践中发挥着重要作用。对于磋商的性质目前学界尚无定论,从理论上大致可以分为三种观点。一是私法属性论。该观点的核心是行政机关作为赔偿权利人只是一般民事主体,在磋商过程中,当事人作为平等双方形成民事法律关系^①。二是公法属性论。该观点包括行政契约说^②、行政事实说^③、行政裁决说^④等,观点的核心是磋商的整个过程由公权主导,因此属于行政行为。三是混合属性论。该观点的核心是生态环境损害赔偿磋商兼具公权行使之特征与私法自治之内涵^⑤,无论是公法属性还是私法属性,都是从单一解释路径下出发而形成的二元分歧:私法属性论将手段凌驾于目的之上,而公法属性论则是有限的纠偏与修正^⑥。本文认为,上述观点均过于片面,无法从全局出发对磋商制度进行阐释。生态环境损害赔偿制度的构建与运行,离不开对磋商性质的把握。我们应以更加系统全面的视角,破除现有学说的局限性,合理确定磋商的法律性质。

基于协商行政理论,磋商程序本质上属于行政协商。协商行政即合作式行政,是传统的“命令—控制”行政管理方式不再被采用,行政机关转而与行政相对人平等协商^⑦,寻求对话与协作的行政治理新样态^⑧。首先,磋商是行政行为的一种。赔偿权利人利用磋商作为手段履行环境

①参见史玉成:《生态环境损害赔偿制度的学理反思与法律建构》,载《中州学刊》2019年第10期,第86-88页。

②参见刘学在,刘鋈:《论生态损害赔偿磋商协议的法律性质及其争议解决路径》,载《南京工业大学学报(社会科学版)》2020年第2期,第7页。

③参见李一丁:《生态环境损害赔偿行政磋商:性质考辨、意蕴功能解读与规则改进》,载《河北法学》2020年第7期,第86-87页。

④参见于文轩,孙昭宇:《生态环境损害赔偿磋商的属性界定与制度开展:以双阶理论为视角》,载《中国地质大学学报(社会科学版)》2021年第2期,第43-44页。

⑤参见刘莉,胡攀:《生态环境损害赔偿磋商制度的双阶构造解释论》,载《甘肃政法学院学报》2019年第1期,第37-46页。

⑥参见王莉,许微:《生态环境损害赔偿磋商制度法律属性的再识别——以协商行政理论为视角》,载《河南财经政法大学学报》2023年第1期,第1-12页。

⑦Pildes R H, Sunstein C R. Reinventing the regulatory state[J]. The University of Chicago Law Review, 1995(1): 1-129.

⑧参见蔡武进:《现代行政法治理念下的行政协商:一种诠释现代行政法治理念之行政方式》,载《天津行政学院学报》2013年第3期,第41页。

监管职责,目的在于通过协商确认生态环境损害责任。其次,磋商本质上属于柔性行政执法行为。磋商过程中体现的合作性、平等性、对话性^①,正是磋商作为柔性执法行为区别于传统刚性执法的主要表现。在磋商过程中,赔偿权利人与义务人积极对话,继而达成共识。在此基础上,作为赔偿权利人的行政机关依法作出行政决定^②。从磋商的过程可以看出,其具备协商性行政执法的明显特征。因而,将磋商行为定义为协商性行政执法是一种更为恰当的做法。

二、检察机关在生态环境损害赔偿制度中的角色规范

自生态环境损害赔偿制度 2015 年试点以来,

检察机关以支持起诉或法律监督方式,在制度运行过程中发挥着重要作用。笔者拟通过对检察机关支持起诉和法律监督法律规范的梳理分析,进一步明晰检察机关在生态环境损害赔偿制度中的角色定位。

(一) 支持起诉的相关规范

支持起诉是检察机关参与赔偿权利人索赔的重要方式,是国家干预生态环境保护的重要手段。梳理支持起诉的有关规范,可以发现生态环境损害赔偿方面的法律规范中,关于检察机关支持起诉的规定较为零散粗浅,并呈现以下特征(参见表 1):

1. 检察机关在赔偿权利人索赔时支持起诉的适用条件无明确规定。 相关规范中,并未明确

表 1 生态环境损害赔偿制度中检察机关支持起诉的相关规定

序号	颁布时间	文件来源	条款内容
1	2021.06	《人民检察院公益诉讼办案规则》	第 100 条:“下列案件,人民检察院可以支持起诉:(一)生态环境损害赔偿权利人提起的生态环境损害赔偿诉讼案件……”第 101 条:“人民检察院可以采取提供法律咨询、向人民法院提交支持起诉意见书、协助调查取证、出席法庭等方式支持起诉”。
2	2018.03	《检察机关民事公益诉讼案件办案指南(试行)》	经国务院授权的省、市级人民政府和相关职能部门提起生态环境损害赔偿诉讼的,检察机关也可以支持起诉。
3	2019.07	《广州市人民代表大会常务委员会关于支持和促进检察机关公益诉讼工作的决定》	第 12 条第 2 款:“全市检察机关应当支持行政机关主张生态环境损害赔偿权利,为行政机关提供法律意见,依法协助开展调查取证、追缴赔偿费用等”。
4	2019.01	《河源市人民代表大会常务委员会关于支持和促进检察机关公益诉讼工作的决定》	第 12 条第 2 款:“全市检察机关应当支持行政机关主张生态环境损害赔偿权利,为行政机关提供法律意见,依法协助开展调查取证、追缴赔偿费用等”。
5	2019.11	《辽宁省人民代表大会常务委员会关于加强公益诉讼检察工作的决定》	第 14 条:“有关行政机关应当与检察机关建立生态环境损害赔偿与生态环境公益诉讼衔接机制,检察机关可以支持有关机关提起生态环境损害赔偿诉讼……”

①参见彭中遥:《生态损害赔偿磋商制度的法律性质及发展方向》,载《中国人口·资源与环境》2020 年第 10 期,第 126 页。
②参见康京涛:《生态环境损害赔偿磋商的法律性质及规范构造》,载《兰州学刊》2019 年第 4 期,第 50 - 59 页。

续表 1

序号	颁布时间	文件来源	条款内容
6	2020.01	《延安市人民政府、延安市人民检察院关于建立检察公益诉讼工作机制的通知》	二、工作内容(二):“对生态环境损害赔偿磋商、起诉的案件,检察机关可以进行支持磋商、支持起诉,并提供检察意见和调查取证支持……”
7	2020.06	《绍兴市人民代表大会常务委员会关于加强和支持检察公益诉讼工作的决定》	第15条第2款:“检察机关应当支持行政机关主张生态环境损害赔偿权利,依法为行政机关提供法律咨询、提供书面意见、协助调查取证等”。

规定支持起诉程序在何种情形下启动,仅说明了检察机关有支持起诉的权力,但措辞也有所区别。广东省广州市、河源市,浙江省绍兴市等地规定,检察机关在行政机关主张生态环境损害赔偿时“应当支持”;辽宁省、陕西省延安市等地规定所用的措辞则是“可以支持起诉”,与国家相关规范的内容保持一致。

2. 对于支持起诉的方式作出重点规定。从地方规范规定的支持起诉方式可以看出,检察机关多在起诉前阶段就开始支持起诉的前期工作,如协助赔偿权利人对环境损害调查取证,为行政机关索赔提供法律意见等;而在国家规范《人民检察院公益诉讼办案规则》中,规定了检察机关以出席法庭的方式进行支持起诉,属于诉中支持起诉方式。

(二) 监督索赔或起诉的相关规范

赔偿权利人在索赔过程中属于主动方,如果

其怠于履职,就无法推动索赔程序的进行。为更好地实现环境保护目的,在赔偿权利人不作为时,检察机关有必要对赔偿权利人展开磋商或提起生态环境损害赔偿诉讼进行督促。笔者拟对检察机关进行法律监督或提起诉讼的有关规范进行梳理,以期为检察机关在生态环境损害赔偿工作中依法履职提供参考(参见表2)。

梳理检察机关在生态环境损害赔偿案件中进行法律监督的文件可以看出,总体上规范文件的数量较少,并呈现以下特征:

1. 在地方性生态环境损害赔偿制度改革实施方案中,几乎没有关于检察机关作为原告提起环境行政公益诉讼并监督赔偿权利人索赔的规定(仅有个别地区作出规定,如广西壮族自治区规定,必要时检察机关应依法向人民法院提起行政公益诉讼)。相比于检察建议,提起环境行政公益诉讼是更加有力的监督方式。在其他监督

表 2 生态环境损害赔偿制度中监督索赔或起诉的相关规定

序号	颁布时间	文件来源	条款内容
1	2018.03	《检察机关民事公益诉讼案件办案指南(试行)》	检察机关应当根据《中华人民共和国民事诉讼法》的规定依法履行对民事公益诉讼审判、执行活动的监督职责。 引言:“检察机关在履行职责中发现破坏生态环境和资源保护,在没有法律规定的机关和组织或者法律规定的机关和组织不提起诉讼的情况下,可以向人民法院提起诉讼”。 一、检察机关民事公益诉讼案件办案的一般程序(五)提起诉讼:“经过诉前程序,法律规定的机关和有关组织没有提起民事公益诉讼,或者没有适格主体提起诉讼,社会公共利益持续处于受侵害的,检察机关以公益诉讼起诉人的身份依法提起民事公益诉讼”。

续表 2

序号	颁布时间	文件来源	条款内容
2	2018.03	《检察机关行政公益诉讼案件办案指南(试行)》	检察机关应当根据《中华人民共和国行政诉讼法》的规定依法履行对行政公益诉讼审判、执行活动的监督职责。 一、检察机关行政公益诉讼案件办案的一般程序(四)提起诉讼:“检察建议回复期满后,行政机关没有纠正违法行为或者没有依法全面履行职责,或者没有回复,国家利益或者社会公共利益持续处于受侵害的,检察机关以公益诉讼起诉人的身份依法提起行政公益诉讼”。 一、(四)提起诉讼1.起诉条件及提交材料(1)起诉条件第4款:“……认为方案切实可行的,暂不提起行政公益诉讼;如在合理期限内仍未整改到位,国家利益或者社会公共利益持续处于受侵害状态的,应当提起行政公益诉讼”。 一、(四)提起诉讼1.起诉条件及提交材料(1)起诉条件第5款:“对于行政机关回复本案已经过刑事处罚,不应再进行行政处理的,办案人员应继续查找法律、行政法规等规定,如查实行政机关还可以通过继续履行行政监管职责有效保护国家利益或者社会公共利益的,应当提起行政公益诉讼”。
3	2018.09	《衢州市人大常委会关于支持和保障检察机关开展公益诉讼工作的决定》	五、密切工作协作,构建国家利益和社会公共利益保护大格局:“按照中办国办生态环境损害赔偿制度改革方案规定,探索建立生态环境损害的赔偿和修复制度机制,加强与检察机关公益诉讼工作的有效衔接……建立健全日常联络、信息互通、线索移送、协助调查等制度,形成行政执法与检察监督良性互动,共同破解线索发现、鉴定评估、调查取证、损害修复等实践难题”。
4	2020.06	《鹤壁市人民代表大会常务委员会关于支持和促进检察机关公益诉讼工作的决定》	二、充分发挥检察机关公益诉讼职能作用:“充分发挥检察建议的作用,规范检察建议的办理流程、跟进监督、诉讼衔接等程序”。
5	2021.03	《上海市崇明区人大常委会关于加强检察公益诉讼工作服务保障崇明世界级生态岛建设的决定》	区公安分局在相关行政执法中应当自觉接受公益诉讼检察监督。 推进生态环境损害赔偿、保护督察与公益诉讼衔接机制建设。
6	2018.08	《广西壮族自治区生态环境损害赔偿制度改革实施方案》	五、工作内容(一)明确赔偿范围:“各级检察院要加强对生态环境损害赔偿及修复的监督,支持行政机关主张生态环境损害赔偿权利,积极为行政机关提供法律咨询,依法协助行政机关开展调查取证、追缴赔偿费用。检察院对于行政机关在生态环境监管中违法行使职权或不行使职权的,依法向行政机关发出公益诉讼诉前检察建议,督促行政机关整改,必要时,检察院应依法向法院提起行政公益诉讼。对于符合生态环境损害赔偿情形的行为,行政机关不起诉的,检察院可以依法向法院提起民事公益诉讼,追究赔偿义务人的民事责任”。

方式无效的情况下,应当赋予检察机关相应权力,使之可以以提起诉讼的方式对索赔工作进行监督。目前,大部分地方性规范文件中这方面内容均存在缺失。

2. 检察机关对生态环境损害赔偿的监督,在地方性文件中多见于人大常委会的决定,并且规定内容较为粗浅,尤其是对监督的适用条件、方式均未作出具体规定。

三、检察机关参与生态环境损害赔偿制度的司法实践

生态环境损害赔偿制度中,赔偿权利人主要通过磋商程序或者诉讼程序进行索赔。笔者拟着重分析实践中,检察机关在磋商或诉讼中如何发挥支持起诉或法律监督的功能。

(一)检察机关支持赔偿权利人开展生态环境损害赔偿磋商或诉讼的司法实践

对检察机关支持磋商或诉讼的司法实践进行梳理,可以发现实务中检察机关支持起诉的案例较多,支持磋商的案例则较少。在支持起诉

前,检察机关会对诉讼有关情况进行审查,审查内容包括诉讼范围、主体资格、事实基础及是否进行磋商等。但是检视相关案例,提起生态环境损害赔偿诉讼前,行政机关是否已经穷尽救济手段,检察机关均未予以关注。检察机关并未在支持起诉前审查支持起诉的适用条件,而是直接予以支持,并且支持方式主要是出庭参与庭审,致使支持起诉流于程式化。

检察机关支持磋商的目的在于使索赔工作能够在磋商阶段完成,不再继续进入诉讼阶段。如表 3 案例 9 中,检察机关以解读磋商的法律依据、磋商程序、环境责任的履行方式、磋商协议的

表 3 检察机关支持赔偿权利人开展生态环境损害赔偿磋商或诉讼的司法实践

序号	案件名称	案例来源	支持开展磋商或诉讼	诉前行政机关是否穷尽行政手段
1	九江市人民政府与江西 Z 环保科技有限公司、杭州 L 建材有限公司案	(2019)赣 04 民初 201 号一审民事判决书	诉讼	否
2	谭某、李某裕、贵港市生态环境局等环境污染责任纠纷案	(2020)桂 08 民初 39 号一审民事判决书	诉讼	否
3	重庆市大足区生态环境局与孟某武案	(2020)渝 01 民初 195 号一审民事判决书	诉讼	否
4	李某兵、周某波与重庆市大足区规划和自然资源局杨某旭等生态环境损害赔偿诉讼案	(2021)渝民终 40 号二审民事裁定书	诉讼	否
5	辽源市自然资源局与辽源市人民检察院、潘某滨侵权责任纠纷案	(2021)吉 04 民初 110 号一审民事判决书	诉讼	否
6	梁平区生态环境局与东营 R 物流有限公司 D 财保东营中心支公司等生态环境损害赔偿诉讼案	(2022)渝 02 民初 1 号一审民事判决书	诉讼	否
7	重庆市大足区生态环境局与张某青、吴某飞等生态环境损害赔偿诉讼案	(2022)渝 01 民初 3262 号一审民事判决书	诉讼	否
8	浙江诸暨某企业大气污染生态环境损害赔偿案	生态环境部公布生态环境损害赔偿磋商十大典型案例_中华人民共和国生态环境部(mee.gov.cn)	磋商	——
9	镇平县检察院办理全省首例生态环境损害赔偿司法确认案件	镇平县检察院办理全省首例生态环境损害赔偿司法确认案件(zpjcy.gov.cn)	磋商	——

法律效力等方式,支持双方顺利进行磋商,并对
损害评估结果等情况提出建议,与磋商双方一起
积极探索磋商的可行性与操作方案;案例8中,检
察机关与其他部门密切协作,确保损害赔偿得到
落实,达成支持磋商的目的。值得注意的是,检
察机关支持磋商中的工作,与检察机关对磋商进
行监督的工作有所重合。

(二)检察机关监督赔偿权利人开展生态环
境损害赔偿磋商或诉讼的司法实践

梳理检察机关监督赔偿权利人开展生态环
境损害赔偿磋商或诉讼的司法实践,总体来看检
察机关督促磋商案件的数量远大于督促诉讼案

件的数量。在检察机关监督赔偿权利人开展生
态环境损害赔偿磋商或诉讼的9个司法案例中,5
个案例是行政机关没有及时履行职责,检察机关
将检察建议发送至有关部门,督促其及时开展磋
商索赔工作;一个案例是检察机关督促赔偿权利
人提起生态环境损害赔偿诉讼;3个案例是由于
环境事件紧急,不及时处理会对环境造成较大损
害,检察机关督促行政机关立即开展环境修复工
作。从实践情况来看,检察机关通过督促磋商,
使行政机关索赔工作得以在磋商阶段顺利完成,
不必进入诉讼阶段,极大提高了索赔工作效率,
使受损环境能够得到及时有效修复。

表4 检察机关监督赔偿权利人开展生态环境损害赔偿磋商或诉讼的司法实践

序号	案件名称	案例来源	时间	督促内容
1	L公司回收的桶装废液运至龙游县城 非法倾倒导致生态环境损害赔偿案	法眼聚焦_浙江省衢州市人民检察院(jcy.gov.cn)	2017	督促磋商
2	镇平县检察院办理全省首例生态环境 损害赔偿司法确认案件	镇平县检察院办理全省首例生态环境 损害赔偿 司法确认案件(zpjcy.gov.cn)	2018	督促磋商
3	江苏省泰州市人民检察院督促泰兴市 政府依法履行生态环境损害赔偿职责 公益诉讼案	江苏省泰州市人民检察院督促泰兴市政府依法 履行生态环境损害赔偿职责公益诉讼案(jcy.gov.cn)	2018	督促磋商
4	重庆两江新区某企业非法倾倒混凝土 泥浆生态环境损害赔偿案	生态环境部公布生态环境损害赔偿磋商十大典 型案例_中华人民共和国生态环境部(mee.gov.cn)	2019	督促磋商
5	如皋市检察院推动该市首例生态环境 损害赔偿磋商案	如皋市检察院推动该市首例生态环境损害赔偿 磋商案达成协议_江苏检察网(jsjc.gov.cn)	2019	督促磋商
6	山东省潍坊市临朐县人民检察院诉甄 某某等6人污染环境刑事附带民事公 益诉讼案	最高检发布生态环境保护检察公益诉讼典型案 例(qq.com)	2020	督促履职
7	贵州省人民检察院督促保护乌江流域 生态环境行政公益诉讼案	最高检发布生态环境保护检察公益诉讼典型案 例(qq.com)	2021	督促履职
8	重庆市南岸区人民检察院督促整治含 铬危险废物污染环境行政公益诉讼案	最高检发布生态环境保护检察公益诉讼典型案 例(qq.com)	2021	督促履职
9	上海市奉贤区生态环境局与童某勇等 生态环境损害赔偿诉讼案	(2021)沪03民初31号一审民事判决书	2021	督促起诉

四、检察机关在生态环境损害赔偿制度中的角色困境

通过对检察机关支持起诉或法律监督的法律规范以及实践情况的梳理,笔者认为,目前检察机关支持起诉的困境在于适用前提不明,监督索赔的困境在于法律依据不足。

(一)支持起诉的适用前提不明

环境公共利益由行政机关作为第一责任人进行保护。行政机关对生态环境损害进行救济,不能直接提起生态环境损害赔偿诉讼,应当首先进行行政处理与行政协商^①。《最高人民法院关于审理生态损害赔偿案件的若干规定(试行)》(2020年修正)^②第5条规定,负有环境监管职责的行政机关需要先进行磋商,磋商不成或者失败才能向法院提起诉讼进行索赔;在立案程序中,行政机关还应提供相应的材料,证明磋商程序已经履行。这一规定实际上肯定了将司法救济置于行政救济之后的公权配置模式^③。

从相关规范与目前司法案例来看,检察机关在生态环境损害赔偿诉讼中支持起诉没有明确的适用前提,无法体现“行政先行、司法殿后”的制度顺位^④。从规范的整体情况来看,有的规范明确指出检察机关能够作为支持起诉人,其可以支持赔偿权利人主张生态环境损害赔偿权利。但在规范中,并没有明确规定检察机关支持起诉应当在行政机关穷尽行政手段的前提下进行。从实践案例中也可以看到,检察机关在支持起诉时,并不会提前审查行政机关在解决生态环境损害问题时是否已经穷尽了各种行政手段。检察机关支持起诉是促进生态环境损害赔偿制度发

挥作用的重要手段,但是其适用前提并不明确,导致了检察机关支持起诉的零散与混乱。

(二)监督索赔的法律依据不足

通过前文对检察机关监督或起诉有关法规内容的梳理可以发现,检察机关在生态环境损害赔偿中监督索赔的法律依据并不充分。地方政府在推行生态环境损害赔偿制度过程中,都强调建立对生态环境损害赔偿索赔的监督制度,但是暂时都未出台专门文件对检察机关在生态环境损害赔偿制度中的法律监督进行规范。

在地方层面,为检察机关在公益诉讼中发挥监督功能提供支持和保障所依据的法律规范,多为各地人大常委会发布的专项决定,如《衢州市人大常委会关于支持和保障检察机关开展公益诉讼工作的决定》^⑤。这些专项决定并非针对检察机关就生态环境损害赔偿法律监督作出的专门规范,其内容规定不具体,实践操作性不强。中央层面的三大诉讼法,对检察监督的衔接亦没有作出明确规定,导致检察机关无法在生态环境领域充分发挥监督职能^⑥。无论是中央层面还是地方层面的规范,规定的检察机关监督方式都不够多元化,导致检察机关适用时无法很好地形成对行政机关的约束。总之,本文认为,在生态环境损害赔偿磋商或诉讼中,当前检察机关缺乏充足的法律依据进行法律监督。

五、检察机关在生态环境损害赔偿制度中角色定位之反思

正确理解我国检察机关的职能,离不开对“支持起诉”“法律监督”的解读。只有正确理解“支持起诉”“法律监督”的内涵,才能充分认识检

①参见王明远:《论我国环境公益诉讼的发展方向:基于行政权与司法权关系理论的分析》,载《中国法学》2016年第1期,第55页。
②《最高人民法院关于审理生态损害赔偿案件的若干规定(试行)》第5条规定:“原告提起生态环境损害赔偿诉讼,符合民事诉讼法和本规定并提交下列材料的,人民法院应当登记立案:与造成生态环境损害的自然人、法人或者其他组织经磋商未达成一致或者无法进行磋商……”
③参见黄锡生,韩英夫:《生态损害赔偿磋商制度的解释论分析》,载《政法论丛》2017年第1期,第15页。
④参见韩英夫:《生态环境损害赔偿制度的规范协同模式》,载《中国政法大学学报》2022年第4期,第29-41页。
⑤《衢州市人大常委会关于支持和保障检察机关开展公益诉讼工作的决定》规定:“要立足法律监督职能定位,牢牢把握‘公益’这个核心,紧紧围绕党委中心工作和群众反映强烈的突出问题,综合运用公告督促、诉前检察建议、支持起诉和自行提起民事公益诉讼、行政公益诉讼等方式,加大生态环境和资源保护……领域的案件办理力度,依法维护国家利益和社会公共利益”。
⑥参见自正法:《生态环境检察监督的转型面向:法理基础与规范逻辑》,载《政治与法律》2019年第9期,第15-25页。

察机关在生态环境损害赔偿制度中的地位;只有明确“支持起诉”“法律监督”的适用条件,才能使检察权得到有效行使。

(一) 支持起诉的内涵和条件

通说认为,支持起诉是指检察机关为维护国家、集体或个人的民事权益,以《中华人民共和国民事诉讼法》为依据,以企事业单位、机关、人民团体为主体,支持受损害的单位或个人向人民法院提起诉讼,以对抗民事违法行为的活动。我国支持起诉制度由苏联全面干预制度发展而来,并在全面干预制度的基础上做了限缩,目的在于防止对当事人处分权、法院审判权的过度干预,如利用支持起诉的权力代为诉讼等。支持起诉人在支持起诉时,不应过度干预诉讼程序^①。具体到生态环境损害赔偿诉讼领域,主要表现为以下几点:

第一,生态环境损害赔偿诉讼支持起诉人是检察机关,被支持起诉者是负有环境监管职责的政府部门。检察机关支持赔偿权利人起诉的目的,是维护国家、集体或者个人的环境权益。第二,损害国家、集体或者个人环境权益的行为,必须是严重环境污染事件。第三,支持起诉人有权帮助赔偿权利人向法院起诉,但不能作为原告提起生态环境损害赔偿诉讼,即不能代当事人行使权利。检察机关支持的范围有限,应当在赔偿权利人诉讼请求范围内进行支持,不能超过赔偿权利人的诉讼请求或者与赔偿权利人的诉讼请求相违背。需要注意的是,支持起诉人并没有与当事人建立委托关系,而是以协助当事人调查收集证据等特别诉讼参与主体的方式加入诉讼中,发表支持起诉意见。

(二) 法律监督的内涵和功能

我国法治建设进程中经常提到“法律监督”,人民检察院是我国宪法确认的法律监督机关,检

察机关运用法定职权,通过法定程序对法律运行进行监督,及时发现错误并予以纠正。监督行政权的专制和社会公益的盲区,使我国法律运行一直处于正确统一的状态^②。从法律监督的内涵来看,检察机关对行政机关是否根据法律规定执法应当予以关注^③。具体到生态环境损害赔偿领域,赔偿权利人组织进行磋商或者提起诉讼的全过程,检察机关均可发挥法律监督作用。检察机关履行法律监督职能的手段包括提出检察建议与提起行政公益诉讼^④。其中,检察建议是较为柔和的督促手段,提起行政公益诉讼的方式则更加强硬。检察机关利用提起诉讼的方式对行政机关进行监督时,需要履行诉前程序,建议行政机关纠正违法行为,或者督促行政机关及时履行职责。这种建议、督促既是职权也是职责。检察机关还拥有提起诉讼权^⑤,即检察机关的监督手段包括提起行政公益诉讼,用这种较为强硬的方式督促赔偿权利人尽快履职。检察机关进行法律监督的目的,在于避免行政执法主体在索赔过程中超越法定权限作为,或怠于履行环境监管职责带来的索赔义务。通过法律监督,检察机关可以有效制约行政关系中处于相对强势的行政机关,更好地保护社会公众的环境权益。

(三) 检察机关支持起诉和法律监督的适用条件

检察机关支持起诉体现了国家对诉讼的干预。检察机关不仅支持原告提起诉讼,同时通过支持起诉监督全部诉讼行为。执法行为是为维护公共利益而产生的公共机构实现生态环境公共利益的重要方式^⑥。在生态环境损害领域,基于“行政前置于司法”即行政救济程序置于司法救济之前的原则,检察机关支持起诉前,应当审查赔偿权利人是否为保护环境已经穷尽行政手

①参见张嘉军,武文浩:《异化与重塑:检察民事公益诉讼支持起诉制度研究》,载《中州学刊》2022年第9期,第49-57页。

②参见王海军:《“法律监督”概念内涵的中国流变》,载《法学家》2022年第1期,第1-14+191页。

③参见姜涛:《检察机关提起行政公益诉讼制度:一个中国问题的思考》,载《政法论坛》2015年第6期,第15-29页。

④参见尹吉,王梦瑶:《新时代检察机关行政法律监督制度研究》,载《国家行政学院学报》2018年第4期,第35-40+148页。

⑤参见刘家璞,孔德雨:《检察机关提起公益诉讼的职能定位》,载《人民检察》2017年第19期,第30-33页。

⑥参见巩固:《环境民事公益诉讼性质定位省思》,载《法学研究》2019年第3期,第129页。

段,从而判断是否启动支持起诉程序。纵观当前的生态环境损害赔偿制度法律监督实践,检察机关经常针对赔偿权利人怠于履行职责的情况,通过制发检察建议的方式进行督促。那么,究竟哪些行为属于行政机关“不依法履行职责”,解读这个问题有两个难点:一是目前没有明确标准来判断行政机关是否已经按照法律规定履行了职责;二是在行政机关已经对检察建议作出答复,但答复未达到检察机关满意结果的情况下,双方是否有必要多次沟通^①。行政不作为应当包括三个因素,即行政机关有法律规定的作为义务、这种义务具备作为的可能性、行政机关在规定的期限内没有作为。在生态环境损害赔偿案件中,正确分辨赔偿权利人的职责,是进一步界定赔偿权利人是否怠于履职的基础。

六、完善检察机关在生态环境损害赔偿制度中角色定位之对策

为确保检察机关更好地促进生态环境损害赔偿制度实施,有必要完善有关规则,为检察机关在生态环境损害赔偿制度中支持起诉或进行法律监督提供完善的制度保障。

(一)明确检察机关支持起诉的适用条件

探究检察机关支持起诉制度必须框定其所在的法律系统,明确检察机关支持起诉的前提。首先,应当在生态环境损害赔偿制度中明确检察机关支持起诉的职能,运用实体法为检察机关在生态环境损害赔偿制度中启动支持起诉提供保障;其次,应当明确检察机关支持起诉的适用条件。从具体制度方面讲,要注意如下几个方面的细化设定。

第一,在法律条文中明确规定检察机关支持起诉的具体权利。权利规定的细化,有利于检察机关在司法实务中进行具体操作。具体而言,检察机关的权利包括帮助赔偿权利人起诉、起诉前

协助调查取证、特殊情况下通过出庭或上诉的方式帮助赔偿权利人索赔等。第二,支持起诉会涉及诸多程序性内容,因此,对程序的规定必不可少。具体来讲,程序设计应当包括以下内容。首先,是支持起诉的启动程序。程序启动前,检察机关应对行政机关是否穷尽行政手段进行审查,督促赔偿权利人运用行政手段对生态环境损害进行救济;若无法达到救济效果,再对行政机关利用生态环境损害赔偿制度索赔的工作提供支持。其次,设计具体可操作的沟通程序。通过恰当沟通,了解索赔的原因、依据和数额,进而对行政机关索赔工作提供有针对性的帮助^②。

(二)将生态环境损害赔偿纳入环境行政公益诉讼监督范围

环境行政公益诉讼是国家在环境生态领域积极作为的产物,不仅能够有效维护环境权益,同时也能达到权力制衡的目的。依照法律规定,公民、法人可以针对具体行政行为进行维权,但由于诉讼程序的复杂性,公民或法人大多不愿意进入诉讼程序^③,使得政府主体的环境执法行为得不到社会的有效监督。此时,检察机关在环境保护领域的重要作用凸显。在监督政府主体恰当履行环境执法职责过程中,提起环境行政公益诉讼是强有力的手段。

在生态环境损害赔偿案件中,赔偿权利人代表的是社会公共利益。行政机关作为赔偿权利人索赔,在此过程中检察机关有必要监督、督促行政机关的索赔工作,以确保社会公共利益尽快得到补偿。行政机关不作为是索赔工作中行政机关违法行为的主要表现,即拒不索赔,或者不在法律规定的期限内及时索赔。此时,环境行政公益诉讼作为一种手段,使检察机关可以引导行政机关提起索赔,督促赔偿权利人及时履行职

^①参见张梓太,程飞鸿,张守慧:《检察环境公益诉讼的实践隐忧和完善路径——从功能与定位的视角切入》,载《环境保护》2020年第16期,第9-13页。

^②参见黄学贤,张牧遥:《检察机关支持公益诉讼制度论》,载《甘肃社会科学》2016年第1期,第116-122页。

^③参见唐震:《行政公益诉讼中检察监督的定位与走向》,载《学术界》2018年第1期,第150-164+287-288页。

责,提高环境修复的效率,避免造成对公众环境权益的更大侵害。检察机关提起环境行政公益诉讼前,应当向行政机关制发检察建议,督促行政机关及时纠正违法行为;检察建议对赔偿权利人的违法行为未发生作用,或赔偿权利人不作为造成环境侵害不可逆时,检察机关应依法提起环境行政公益诉讼,督促行政机关正确履行职责。

(三)优化检察机关监督生态环境损害赔偿磋商或诉讼的规则

检察机关在生态环境损害赔偿制度中发挥监督作用,是达到磋商或诉讼效果的关键。对此,需要优化生态环境损害赔偿制度中各个环节的监督机制,确保检察机关监督功能有效发挥。

第一,明晰对行政机关怠于履行法定职责的界定。行政机关不积极作为,是检察机关进行督促的前提。对行政机关的行为作出正确判断,检察机关才能及时有效督促行政机关履行职责。发送检察建议前,行政机关作为赔偿权利人可能只履行了部分职责,并未穷尽所有可能的行政手段,导致无法产生保护环境的实质性效果。这时,检察机关可以采用检察建议的方式进行监督。如果发送检察建议后,行政机关仍没有采取相应行政行为,导致环境损害持续发生,环境行政公益诉讼将作为更加强硬有效的手段发挥监督作用。

第二,完善诉前程序。首先,应当在磋商程序中适当强调检察机关的法律监督职权,以提高磋商效率。其次,提高检察建议的可操作性。检察机关结合掌握的生态损害情况,提出具体可行的检察建议。制发检察建议应注意谦抑性和监督性的平衡,做到既能够实施有效监督,又不干涉行政权的正常运行。

第三,检察机关实施法律监督,应加强与其他国家机关、社会组织的沟通。检察机关的监督手段并不具备强制性,难以对行政机关形成有力约束。对检察机关制发的检察建议或纠正违法通知,行政机关并非必须遵照执行,导致法律监

督不能发挥良好效果。检察机关应当加强与磋商或诉讼涉及的各主体的沟通,力求达成共识,以形成法律监督合力,更好地发挥监督效果^①。

第四,检察机关应重视对磋商协议或者判决裁定履行情况的监督。生态环境损害赔偿制度兼具行政任务与民法形式,本质上属于柔性执法,强制执行能力有限。对此,检察机关应强化履职,加强监督。若赔偿义务人怠于履行协议或判决裁定结果,检察机关应及时制发通知,要求行政机关督促赔偿义务人履行协议或者判决;同时,要求作为赔偿权利人的行政机关说明未督促履行的原因。如果行政机关陈述的理由不充分,检察机关应继续督促其履行磋商协议或判决裁定列明的赔偿义务。

七、结语

党的十八大报告将生态文明建设置于突出地位,纳入中国特色社会主义事业“五位一体”总体布局;党的十九大报告提出,加快生态文明体制改革,建设美丽中国,加大生态系统保护力度,构建政府为主导、企业为主体、社会组织和公众共同参与的环境治理体系;党的二十大报告进一步指出,推进美丽中国建设,深入推进污染防治,健全现代环境治理体系,严密防控环境风险。在我国法治国家、法治政府建设进程中,生态文明建设同样占据着极为重要的地位。生态环境损害赔偿制度的有效运行,能够加强生态环境保护,助力可持续发展。在生态环境损害赔偿制度中,检察机关支持起诉或进行法律监督具有重要的现实意义。本文对检察机关支持起诉或实施法律监督的现状进行了梳理,对目前存在的问题进行了初步分析,以期对生态环境损害赔偿制度的有效落实和进一步完善有所裨益。在生态环境损害赔偿制度实践过程中,仍需要在理论和实践两个层面进一步优化检察机关的功能定位。探索的过程虽然长期,却是具有极其重要意

^①参见江华,杜宴林:《生态环境保护中检察机关法律监督职能探究》,载《社会科学家》2020年第5期,第109-114页。

义的。

[参考文献]

[1]王莉,许微.生态环境损害赔偿磋商制度法律属性的再识别——以协商行政理论为视角[J].河南财经政法大学学报,2023(01):1-12.

[2]黄胜开.生态环境损害赔偿诉讼的法理辨析与机制协调[J].理论月刊,2022(01):119-128.

[3]冯小光,姜耀飞,朱光美.检察机关支持起诉的学理基础及制度建构[J].人民检察,2022(15):20-26.

[4]晋海,许正豪.生态环境损害赔偿诉讼法律性质新论[J].江海大学学报(哲学社会科学版),2022(04):107-

115+137.

[5]宋华琳,郭一君.行政协议识别标准的再探讨[J].西北大学学报(哲学社会科学版),2021(03):110-122.

[6]江必新.中国环境公益诉讼的实践发展及制度完善[J].法律适用,2019(01):9.

[7]郭海南,陈德敏.生态损害赔偿磋商的法律性质思辨及展开[J].重庆大学学报(社会科学版),2018(04):175-186.

[8]吕忠梅.“生态环境损害赔偿”的法律辨析[J].法学论坛,2017(03):5-13.

【责任编辑:耿浩】

Research on the role of the procuratorate in the ecological environmental damage compensation system

Liang Chunyan, She Yan

(Guangxi University, Nanning Guangxi 530004, China)

Abstract: In the ecological environment damage compensation system, based on its special functional positioning, the procuratorate can file environmental administrative public interest litigation as a plaintiff to supervise the compensation claim of the administrative agency as the compensation right holder; it can also participate in the ecological environment damage compensation litigation by supporting the prosecution, giving play to the functional advantages that other subjects do not have. At present, due to the lack of clear and specific normative basis for the applicable boundaries between the procuratorate's support for prosecution and legal supervision, the procuratorate faces a role dilemma in judicial practice. Ecological environment damage compensation is a new type of administrative law enforcement method. Based on the theory of deliberative administration, as a supervisory agency, the procuratorate can only initiate the support prosecution procedure when the administrative agency has exhausted administrative means to claim compensation and is ineffective; the procuratorate can also file environmental administrative public interest litigation at an appropriate time to supervise the compensation right holder's performance of duties in accordance with the law by means of litigation. Combined with the current implementation status of China's ecological environment damage compensation system, a detailed consideration of the basis and path for the procuratorate to perform its duties in accordance with the law can further strengthen the procuratorate's legal supervision function and promote the realization of "Chinese-style modernization" of harmonious coexistence between human and nature.

Key words: compensation for ecological environmental damage; procuratorate; support for prosecution; legal supervision